الجزء الخامس

الموســوعــة القضائيــة الحديثــة
في
الشـــــرح والتعليـــــق
على
القانـــــون المدنـــــي
في
ضوء القضاء والفقه

تأليـف

شـريـف أحمـد الطبـاخ

المحامـي بالنقض والإدارية العليا



بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الـرابع
الإثــراء بلا سبـــب

﴿ المـــــادة ١٧٩ ﴾

" كل شخص ولو غير مميز يثري بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد " .

﴿ التعليـــق﴾

هذه المادة تقابل من نصـوص المواد العربية اللبناني م ١٤٠ -١٤٢ السـوري م١٨٠ الليبي م١٨٢ العراقي م ٢٤٠- ٢٤٣.

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بأن **" الإثراء بلا سبب لا يتحقق إلا بتوافر شروط ثلاثة : أولهما إثراء المدين أو اغتناؤه ولا يكون ذلك إلا بدخول قيمة ما يثري به في ذمته المالية . والثاني أن يقابل هذا الإثراء افتقار الدائن بسـبب انتقال عين أو قيمة أداها . والثالث ألا يكون الإثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه بسـبب قانوني يبررهما . فلا يشـترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى ولا يشـترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سـوى دعوى الإثراء يلزم المثري برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به أو قيمة ما افتقر به الدائن . وقد اكتفى المشـروع بهذه الشـروط الثلاثة دون أن يضـيف إليها شـرطين آخرين نصـت عليهما بعض تفنينات تأثرت بما كان مأثورات عن الممانعة أو التحرز في قبول مبدأ الإثراء ، فلا يشـترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى ، بل يكون الرد واجبا ولو زال الإثراء فيما بعد ، ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر ويلزم المثري برد أقل القيمتين قيمة ما أثرى به أو قيمة ما افتقر به الدائن .**

﴿ الشـــرح ﴾

- المقصـود بالإثراء : **يقصد بالإثراء كل منفعة مادية أو معنوية يمكن تقويمها بالمال ، كاكتساب مال جديد من المنقولات أو العقارات أو الانتفاع به بعض الوقت ، أو انقضـاء دين ، أو تجنيب خسـارة محققة أو إشـباع حاجة مادية أو معنوية مادام يمكن تقدير هذه الحاجة في ذاتها أو من ناحية الافتقار المقابل ـــ كتقدير قيمة العمل الذي قام به المفتقر وتحقق به الإثراء . والإثراء قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً ، كما قد يكون مباشراً أو غير مباشر ،(سلطان بند ٥٢١)**
- أساس دعوى الإثراء بلا سبب **: والواقع أن حكم رد الإثراء بلا حق يترتب بالضرورة على مبدأ قانوني عام مسلم من الجميع ـ وهو ضرورة استناد أي حق إلى القانون ، وأنه لا يمكن كسب المال**

إلا وفقاً لأحكامه ، مما يعني أن أي كسب لا يستند إلى القانون لا يكون مشروعاً ، ولذا يلزم من يحصل عليه برده إلى من تم على حسابه دون وجه حق ، لأنه إثراء غير مشروع على حساب الغير .(الشرقاوي بند ١٠٩)

- شروط نشوء الالتزام برد الإثراء : يلزم لقيام الالتزام برد الإثراء شرطان ، الشرط الأول ، أن يتحقق إثراء لمن يلزم بالرد ، وأن يكون هناك افتقار لمن يطالب لا بهذا الرد ، وأن يكون الإثراء مترتباً على الافتقار ويمكن أن يوصف هذا الشرط بأنه الركن المادي للالتزام برد الإثراء . والشرط الثاني الذي يوصف بأنه الركن الشرعي أو القانوني للالتزام ، وهو عدم وجود سبب أو مبرر للإثراء أو الافتقار ، مما يجعل الإثراء بغير وجه حق .
- الشرط الأول أو الركن الأول : الإثراء أو الافتقار : يتكون هذا الركن المادي من إثراء وافتقار والصلة بينهما ، والإثراء : هو كل منفعة أو كسب مادي أو أدبي (يقوم بالمال) يحصل عليه الشخص . وبغير تحقق الإثراء لا يتصور نشوء أي التزام بالرد ولو كان هناك افتقار ، فلو قام شخص بوفاء دين على آخر لدائن هذا الشخص الآخر ، وكان هذا الدين قد انقضى لسبب من أسباب الانقضاء ، يحدث افتقار الموفى بقيمة الدين ولكن لا يحدث أي إثراء للموفى عنه لأنه لم يكن يلزم ملزما بشيء ، و إنما يكون له أن يرجع على ما تلقى منه الوفاء باعتباره دائنا (ليطالب برد غير المستحق) ، والإثراء المادي : يتمثل في أية زيادة في الحقوق المالية تضاف إلى ذمة المثري ، سواء بزيادة حقوقه (إثراء إيجابي) كما لو قام شخص بإجراء ترميمات وتحسينات في منزل مملوك للمثري ، أو قام بإصلاح أرضه حتى تصبح قابلة للزراعة وكذا إذا قام المثري نفسه بالانتفاع برسوم أعدها أحد المهندسين في تصميم أحد المشروعات ، أو باستخدام لحن ألفه موسيقي في أغنية من الأغنيات .كما يتحقق الإثراء بنقص ديون المثري أو عدم نقص حقوقه أو عدم على كل المنفعة المحدثة لنفسه ، فإذا أفاد الجيران من الأطلال على هذه الحديقة ، لا يستطيع مالك الحديقة أن يطالبهم بمقدار ما أفادوه على أساس أنه إثراء على حسابه بدون وجه حق لأن فائتهم لم تتحقق نتيجة افتقار وقع له ، فكل ما افتقر به تحققت له منفعة ، وإن قيل أن الجيران أثروا فإثراؤهم لا يقابله افتقار لدى من أعد الحديقة وكذلك لو أقام شخص حواجز تحمي أرضه من السيول التي تحدثها الأمطار ، فانتفع من هذه الحواجز أصحاب الأرض المجاورة ، لا يحق له يطالبهم على أساس الإثراء ، لأته لم يفتقر لمصلحهم بشيء والافتقار يقع بنقص الجانب الإيجابي من ذمة المفتقر ، إذ أدى المفتقر ديناً عن المثري أو عدم زيادة الجانب الإيجابي إذا أدى للمثري خدمات يؤجر عليها عادة ، دون أن يحصل على مقابل جهده ،كالوسيط في إبرام الصفقات(السمسار) والطبيب والمحامي والصانع وغيرهم .
- الصلة بين الإثراء والافتقار : تتمثل هذه الصلة في ضرورة كون الإثراء مترتبا على الافتقار، وهي صلة واضحة في أغلب صور الإثراء ذلك أن كلا من الإثراء والافتقار يترتبان على نفس الواقعة

، ففي وفاء شخص بدين على الغير ، واقعة الوفاء هي التي تحدث الافتقار وتحقق الإثراء وفي هدم لمنزله في سبيل إنقاذ منزل المثري من الحريق ، تكون واقعة الهدم هي سبب افتقار صاحب المنزل المهدوم وسبب تحقق إثراء صاحب المنزل الذي تم إنقاذه زيادة الديون (إثراء سلبي) فإذا وفي شخص بدين على أخر فقد أثرى الموفى عنه بما نقص من ديون ، وإذا أتلف شخص ماله لمنع هلاك مال المثري فإن إثراءه يكون بمنع نقص حقوقه .وقد يكون الإثراء مباشر يتم بعمل من المثري أو من المفتقر ، كما في الأمثلة التي ذكرناها ، وقد يكون غير مباشر يتم بتدخل الغير ، هذا التدخل يكون بعمل مادي (فعل) كالربان يلقي بعض حمولة السفينة في البحر لينقذها من الغرق في عاصفة ولتنقذ بقية حمولتها فهناك افتقار مالك البضائع التي ألقيت في البحر ، تحقق به إثراء مالك السفينة وملاك بقية البضائع المشحونة ، وكل هذا تم بعمل مادي من الربان وقد يكون تدخل الغير المؤدي إلى تحقق الإثراء وحدوث الافتقار تصرفاً قانونياً ، كما لو اتفق حائز سيارة على إصلاحها مع ميكانيكي ، وبعد استردها مالكها دون أن يكون الميكانيكي قد حصل على مقابل الإصلاح وثمن ما أبدله من أجهزتها ، وفي هذه الحالة تحقق إثراء لمالك السيارة بما زاد من قيمتها بعد إصلاحها وحدث افتقار الميكانيكي لما بذله من جهد وما دفعه من ثمن القطع التي ركبها في السيارة والإثراء تم بطريق غير مباشر عن طريق التصرف القانوني ، بالاتفاق الذي أبرمه الحائز مع الميكانيكي . والإثراء الأدبي ، أو المعنوي يتحقق باستفادة معنوية . ولكن ممكن تقويمها بالمال ، كإثراء التلميذ ثقافياً من جهد المعلم ، وإثراء المريض صحياً من عناية الطبيب وفنه في علاجه ، واستفادة المتهم في جريمة من دفاع المحامي عنه حتى حكم ببراءته ، والافتقار هو الخسارة التي يتحملها شخص ويتحقق بها إثراء للغير ، وبغير وقوع الافتقار لا يمكن أن ينشأ التزام بالرد على ما أفاد من عمل الغير ، على الرغم من تحقق فائدة للغير ، فمن نفق مالاً كثيراً على إعداد حديقة جميلة لمنزله ، يحقق لنفسه إثراء مقابلا لهذا الإنفاق أي يحصل وصلة الإثراء بالافتقار واضحة في الحالتين لا يحتاج إلى أكثر من تحديد الواقعة المنشئة لكل منهما . والواقع أن هذه الصلة لا تثير أيه صعوبة في تبينها في كل صور الإثراء المباشر الذي يتم بعمل من المثري أو من المفتقر ، بل أنها لا تثير أية صعوبة في أحوال الإثراء غير المباشر الذي يتحقق بعامل مادي من الغير (كإلقاء الربان لجزء من بضائع السفينة المعرضة لخطر الغرق في البحر) أما إذا كان الإثراء غير مباشر وبتصرف قانوني فإن تبين الصلة بين الإثراء والافتقار ممكن أن يصبح غير واضح إذا أنه يرتبط ارتباطاً وثيقا بالركن الثاني من أركان الالتزام برد الإثراء وهو انعدام سبب الإثراء ، ذلك أن صلة إثراء مالك السيارة بافتقار الميكانيكي (في المثل الذي ضربناه عن الإثراء غير المباشر الذي يتم بتدخل الغير بالتصرف القانوني) ، لا تقوم إلا إذا لم تكن علاقة الحائز بمالك السيارة ، تجعل لإثراء المالك سبباً ، أي تجعل له حقاً في هذا الإثراء .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان الحكم المطعون فيه – وعلى ما سلف بيانه فيما تقدم – قد أفاد قضاءه على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب وكان من مقتضى هذه القاعدة التزام المثري في حدود ما أثرى به بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة – وكانت العبرة في تقدير قيمة الافتقار هو وقت صدور الحكم فإن الفائدة القانونية التي تستحق عن هذا التعويض لا تكون إلا من وقت صدور الحكم النهائي " (الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩/ ٣ /١٩٨٤) ، وبأنه " الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبني عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولا يكون رجوع المقاول – الذي أخل بالتزامه – بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة . ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمادة ١٧٩ من القانون المدني أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما اثري ، أي أنه يلتزم برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار وكان تقدير قيمة الزيادة في مال المثري سبب ما استحدث من بناء يكون وقت الحكم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم في تقدير قيمة ما زاد في مال المطعون عليه – رب العمل – بسبب ما استحدثه الطاعن – المقاول – من أعمال البناء الحدود الواردة في عقد المقاولة الذي قضى بفسخه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٧/ ٣/١٩٧٠) وبأنه " لا يلتزم القاضي في تقديره للتعويض عن الإثراء بلا سبب بحكم المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعي" الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٣٨ق جلسة ٥/ ٣/ ١٩٧٤)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن " إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو إثراء في جانب الطاعنين يتمثل فيما حصلوا عليه من قيمة الثمار التي لم تكن مملوكة لهم وافتقار في ذمة المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلاً في قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الإيجار) والتي استولى عليها أفراد القوات المسلحة بعملهم غير المشروع مما يتوافر فيه عناصر الإثراء بلا سبب " (طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ق جلسة ٨/ ١٢ /١٩٨١) وبأنه " مناط تطبيق نص المادة ١٦١ من القانون المدني القديم هو أن يكون الموفى قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص " (طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢١ق جلسة ٢٨/ ١/ ١٩٥٤)

- الركن الشرعي : انعدام سبب الإثراء : يقصد بانعدام سبب الإثراء عدم وجود مبرر قانوني ، يجعل من حق المثري أن يحصل على الإثراء ، أو يجعل على المفتقر أن يتحمل قيمة افتقاره أو لا يطالب بها أحداً ، فالسبب الذي يمنع المطالبة بالإثراء هو كل واقعة أو حكم قانوني ، يبرر دخول الإثراء في ذمة المبري ، ويبرر تحمل المفتقر بافتقاره . هذا السبب الذي يجعل الإثراء غير واجب الرد قد يكون : ١- تصرفاً قانونياً : فكل من يكسب حقاً مالياً بمقتضى تصرف قانوني ، يكون كسبه لهذا الحق إثراء له سبب مشروع مادام التصرف صحيحاً ، ولا يمكن أن يطالب برد شيء على أساس الإثراء بلا سبب ، ولو كان ما تلقاه من مقابل بمقتضى عقد يبرمه يزيد في قيمته عما التزم به في هذا العقد (وإن جاز الطعن في العقد على أساس الغين إن توافرت شروط الطعن به

)فإذا كانت شـركات التأمين قد اتفقت مع مسـتأمن على منزله ضـد الحريق ، على أنه في حالة احتراق المنزل يكون المستأمن بالخيار بين الحصول على مبلغ من النقود كتعويض وبين أن تبنى له الشركة منزلاً بدله ، فإذا اختار بناء المنزل القديم ، لا تستطيع أن ترجع على المستأمن بالفرق بين القيمتين على أساس الإثراء ، لأنه يكسب هذا الإثراء بموجب عقد التأمين . بل أن العقد يعتبر سبباً مبرراً للإثراء ، ولو كان إثراء بلا مقابل ، كإثراء المرهوب له بمقتضى عقد الهبة . والتصرف القانوني يعتبر سـبباً مبرراً للإثراء ولو لم يكن بين المثري والمفتقر ، فإذا اتفق مسـتأجر أرض مع مقاول على أن يقيم له أبنية في هذه الأرض ، فأقمها ولم يسـتوف ما يسـتحقه عن إقامتها من مقابل ثم فسـخ عقد الإيجار بين المالك والمستأجر ، وتم الاتفاق بينهم على أن المالك يملك المباني التي أقيمت الأرض ، كان هذا الاتفاق (الذي لم يدخل المقول طرفا فيه) مانعا من استطاعة رجوع المقاول على المالك لمطالبته بقيمة المباني على أسـاس الإثراء ، لأن اتفاق المالك مع المسـتأجر سـبب مبرر لإثرائه بقيمة المباني . ٢ – وقد يكون السـبب هو الفعل الضـار : فإذا أتلف شـخص بخطئه سيارة شـخص آخر ، ثم ألزم بإصـلاحها لتعويضـه عن أضـرارها وبعد الإصـلاح وجد أن السـيارة قد زادت قيمتها عما كانت عليه قبل الإتلاف ، لا يسـتطيع أن يطالب مالك السـيارة برد ما زاد من قيمتها على أسـاس الإثراء ذلك أن ما حصـل عليه المالك من إثراء نتيجة إصـلاح التلف ، بما في ذلك زيادة القيمة ، له سـبب هو التزام المخطئ بالتعويض على أسـاس الفعل الضـار . ٣ – حكم القانون : قد يكون سـبب الإثراء الذي يمنع من مطالبة المثري بالرد هو حكم القانون ، كما في حال مسـتحق النفقة ، الذي يحصـل عليها من الملتزم بها ، فالقانون هو الذي يجعل له الحق في قيمة النفقة ، ويعتبر سـبباً لإثراء مستحقها بها . كذلك يعتبر حكم القانون هو سبب إثراء مكتسب ملكية شـيء ، كان مملوك لأخر ، بالتقادم ، ولذا لا يسـتطيع من فقد الملكية لكسـب أخر لها بالتقادم أن يطالب مكتسبها على أسـاس الإثراء ، برد قيمة ما كسبت ملكيته بالتقادم ، لأن التقادم سـبب لإثرائه به وهذا هو الحكم في كل حال ممكن إسـناد الإثراء فيها (أو الافتقار) إلى حكم قانوني يبرره وإذا توافر الركنان السـابقان أي إذا تحقق إثراء لشـخص من افتقار شـخص أخر ، وكان الإثراء (أو الافتقار)بلا سـبب قانوني يبرره ، فإن التزاما يقوم على عاتق المثري بأن يعوض المفتقر عن افتقاره في حدود ما أثرى به كما يقول نص المادة ١٧٩ مدني ولو كان ما تحقق في ذمة المثري من إثراء قد زال عند رفع الدعوى من قبل المفتقر للمطالبة برده وإذا كانت الواقعة التي ترتب عليها الإثراء والافتقار تفتح أمام المفتقر طريقاً قانونياً آخر للمطالبة بتعويضـه عن افتقاره ، جاز له أن يلجأ إلى هذا الطريق الأخر دون طريق رفع دعوى الإثراء ، مادام حقه في كل من الطريقين قائماً فإذا غصـب شـخص ملكا لآخر وكان هذا الملك مثمراً كان أمام المغصـوب منه طريقان طريق الرجوع بدعوى المسئولية على أسـاس أن الغصـب خطأ يلزم من صـدر منه بتعويض الأضـرار المترتبة عليه ، وطريق الرجوع على الغاصب لمطالبته برد ما أثرى به على حساب المالك

بغير وجه حق ولكن المغضوب منه وكل من تتوافر له بجانب المطالبة على أساس الإثراء بلا سبب . مطالبة على أســـاس آخر ، لن يلجأ إلى دعوى الإثراء بل يفضـــل عليها دعوى أخرى له الحق في رفعها لأن حصـــيلة دعوى الإثراء أقل منها لأن المثري يلتزم برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار فلا يلتزم المثري غصـــب ملك الغير في المثل الذي ضـــربناه ، بأن يعوض كل ما يترتب على فعله من ضـرر إذا كان هذا الضـرر أكثر من الإثراء الذي تحقق له بالغصـب بل يرد إلى المغضـوب منه قيمة إثرائه فقط . في حين أن المطالبة على أساس المسئولية التقصيرية تسمح للمغضوب منه أن يحصل على تعويض كامل عن كل ما ترتب على فعل الغضب من أضرار . ولو جاوزت هذه الأضرار الفائدة التي حصل عليها الغاضب ومعنى ما سبق أن المطالبة برد الإثراء بلا سبب ليست كما يذهب كثير من الفقهاء الفرنســيين دعوى احتياطية لا تســتخدم إلا إذا لم يكن للمفتقر طريق آخر للرجوع به على المثري ، بل يقوم الحق فيها من مجرد توافر شـــروط قيام الالتزام برد الإثراء ولو توافرت في نفس الوقت شـــروط الالتجاء إلى طريق أخر للرجوع على المثري على أســـاس آخر غير الإثراء (الشرقاوي بند ٧٥٨ وما بعده مرقص بند ٢٢)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " للوارث الرجوع على باقي الورثة بما يخصـهم من الدين الذي وفاه – عن – التركة كل بقدر نصـيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشـخصـية فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن في نفس الدين الذي أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصـــائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملاً بالمادة ٣٢٩ من القانون القائدة المقررة للدين ٢ ٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن آثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فيه أقل قيمتي الافتقار الذي لحقه مقدار بوقت الحكم والإثراء الذي أصـــاب المدعي عليه وقت حصـــوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائي أما إن رجع بدعوى الفضـــالة فيســتحق طبقاً للمادة ١٩٥ من القانون المدني النفقات الضـرورية والنافعة التي سـوغتها الظروف مضـافاً إلفيها فوائد من يوم دفعها أي من وقت الإنفاق " (طعن رقم ٥١ لسـنة ٤٣ق جلسة ٢٣ /٢ /١٩٧٧)

- تطبيقات لحالات الإثراء بلا سبب : تناولت محكمة النقض لحالات الإثراء بلا سـبب وسـوء نلقى الضوء على بعض هذه الحالات كما يلي :
- تحمل المتصرف عبء الضريبة العقارية ، فقد قضت محكمة النقض بـــأن "يعتبر باطلا كل شرط أو اتفاق يقضي بنقل عب الضريبة "على التصرفات العقارية" إلى المتصرف إليه ، أي أن المتصـرف هو الذي يتحمل عبء الضـريبة ، ويؤديها عنه المدين بدين الضـريبة ، بدعوى الإثراء بلا

سبب ويبطل كل شرط أو اتفاق على خلاف ذلك " (الطعن رقم ٢٤٠٤ لسنة ٦٣ق جلسة ٣١/ ١ /٢٠٠١)

- رد رسوم التسجيل إذا كان هناك استحالة لدى المصلحة تمنع التسجيل ، و قد قضت محكمة النقض بأن" المادة السادسة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ التي تنص على أنه " لا يترتب على بطلان الإشهادات أو العقود أو التصرفات أياً كان نوعها رد شيء من رسوم التسجيل أو الحفظ أو غيرها المتعلقة بها بأي حال من الأحوال " والمادة ٦٦ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية التي أحالت إليها المادة التاسعة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ والتي تنص على أنه " لا يرد أي رسم حصل بالتطبيق لأحكام هذا القانون إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة فيه" لا تعني الحالة التي يتم فيها إجراء الشهر لمانع قانوني يستحيل معه على المصلحة إجراؤه . وفي هذه الحالة يتعين تطبيق أحكام القانون المدني وهي تقضي برد هذه الرسوم إعمالاً لقاعدة الإثراء بلا سبب فإذا كان القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الأجانب الأراضي الزراعية قد عمل به اعتباراً من ١٧ مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسم الشهر فاستحال معه شهر عقد هبة تم توثيقه في ٤ مارس سنة ١٩٥٤ فإن الحكم المطعون فيه إذا خلص في نتيجته إلى أحقية المطعون عليهما الأولين في استرداد رسوم الشهر لا يكون مخالفاً للقانون "(طعن رقم ٤٥٦ لسنة ٢٥ق جلسة ٢٢/ ١٢/ ١٩٦٠)
- التزام المستحق في الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه ، فقد قضت محكمة بأن "التزم المستحق في الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني ، فالحكم الذي يلزمه بالرد منعاً من إثرائه على حساب الغير لا مخالفة فيه للقانون ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدني إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفي منها " (طعن رقم ٩٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٣/ ٦ /١٩٤٦)
- إخلال العامل بالتزامه بتسليم العمل المخول إليه بعد تدريبه من قبل الشركة يبيح للأخيرة الرجوع على هذا العامل بقاعدة الإثراء بلا سبب ، وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يلزم العامل بالتعويض وفقاً للمادة ١٤ من نظام قانون العاملين بالقطاع العام الصادر به القرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ إلا إذا أخل بالتزامه بالعمل لدى الشركة المدة التي تحددها بعد انتهاء تدريبه كما أن الاستناد إلى قاعدة الإثراء بلا سبب يتطلب إثبات ما عاد من منفعة على المطعون ضده بسبب تدريبه ، وكلا الأمرين خروج على واقع الدعوى الذي كان معروضاً على محكمة الموضوع بواقع جديد فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)
- تحمل مصاريف نقل القمح على عبء من التزم به ، فقد قضت محكمة النقض بأن " متى كانت وزارة التموين ملتزمة أصلا بتسليم القمح لأصحاب المطاحن من الشئون المحلية لأن

سعر القمح حدد على هذا الأساس وأنها في سبيل عدم المساس بهذا السعر كانت تصرف لهم في حال استلامهم القمح من شون بعيدة ما يزيد من أجرة النقل على أربعين مليماً المحددة في تكاليف إنتاج الدقيق نظير نقل القمح من تلك الشـــون المحلية إلى المطحن ، ومتى كانت الوزارة هي الملتزمة أصـــلاً بنقل القمح إلى الشـــون المحلية فإنه لا يقبل منها القول بأن صـــاحب المطحن قد أثرى من هذا العمل على حســـابها بغير ســـبب مشـــروع " (طعن رقم ٢٦٠ لســـنة ٣٣ق جلســـة ١٩٦٨/٢/٨)

- المطالبة بقيمة الثمار التي اســـتولي عليها أفراد القوات المصـــلحة، فقد قضـــت محكمة النقض بأن " **إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو إثراء في جانب الطاعنين يتمثل فيما حصـلوا علبيه من قيمة الثمار التي لم تكن مملوكة لهم وافتقار في ذمة المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلا في قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الإيجار) والتي اســـتولى عليها أفراد القوات المسـلحة بعملهم غير المشـروع مما يتوافر فيه عناصـر الإثراء بلا سـبب "(طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١٢/٨)**
- رجوع المقاول بعد فسخ العقد بقيمة ما ا ستخدمه من أعمال ا ستنادا لقاعدة الإثراء بلا سبب ، فقد قضت محكمة النقض بأن " **الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبي عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولا يكون رجوع المقاول – الذي أخل بالتزامه – بقيمة ما اســـتخدمه من أعمال إلا اسـتناداً إلى مبدأ الإثراء بلا سـبب لا إلى العقد الذي فسـخ وأصـبح لا يصـلح أسـاسـاً لتقدير هذه القيمة " (طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٧)**
- لا يجوز الرجوع على القاصـــر بقاعدة الإثراء بلا ســـبب إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه ، فقد قضت محكمة النقض بأن " **نيابة الولي القاصر هي نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صـفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسـبة إلى القاصـر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بســـببها "(طعن رقم ٥٠٨ لســـنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)**
- مطالبة المقاول بقيمة المباني على أساس دعوى الإثراء بلا سبب ، فقد قضت محكمة النقض بأن " **إذا كان الثابت أن الطاعن – المقاول – أقام دعواه بطلب الحكم بإلزام المطعون عليه بقيمة المباني موضـوع النزاع على أسـاس أنه أقام هذه المباني لصـالح المطعون عليه على أرض مملوكة للأخير دون أن توجد بينهما رابطة عقدية ، وهو ما يخوله إثبات هذه الواقعة المادية بكافة الطرق حتى لا يثري المطعون عليه على حســابه بلا ســبب فإن مفاد ذلك أن الطاعن لا يســتند إلى عقد مقاولة كسبب لدعواه بل يستند في ذلك أصلا إلى أحكام الإثراء بلا سبب " (طعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٦)**

- حالات لا يجوز فيها تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب ، فقد قضت محكمة النقض بأن " **مناط استحقاق المقابل الخاص المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ٦٨٨ من القانون المدني أن يوفق العامل إلى اختراع ذي أهمية اقتصادية ، كما أن الأصل في هذا الصدد أنه لا يجوز للعامل في غير هذه الحالة الرجوع على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية بينهما تمنع من تطبيق هذه القاعدة** " (طعن رقم **٤٤٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٢/١٢/١٦**) ، وبأنه "**متى تبين أن الاتفاق المعقود بين المنتفع والشركة التي كان ممنوحاً لها التزام الكهرباء بالقاهرة مقتضاه أن يساهم المنتفع تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية إلى مصنعه بمبلغ معين وقد التزمت الشركة المستغلة بإجراء رد عائد مقدر على ما يستهله المنتفع سنوياً وأن هذا الرد يظل مادامت هذه الشركة قائمة بتوريد التيار الكهربائي وعلى ألا يتجاوز مجموع العائد المرتد قيمة ما ساهم به المنتفع في تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية ، فإن مفاد ذلك أن ما تعهدت الشركة المستغلة برده مما ساهم به المنتفع في التكاليف لا يمكن أن يتجاوز مجموع العائد المرتد طول مدة قيام الشركة المستغلة أو ما ساهم به المنتفع أيهما أقل ويعتبر كل ما دفع استناداً إلى هذا العقد مدفوعاً بسبب صحيح ولا يعتبر إثراء بلا سبب قانوني لأن العقد قانون المتعاقدين وواجب الاحترام بينهما** " (طعن رقم **١٤٨ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٥/٣٠**) ، وبأنه **إذا كان الحكم قد رد على إدعاء الطاعنة المؤسس على أن عدم تحمل وزارة الأوقاف والتركة بالتضامن بينهما بما صرفته في تشييد المسجد نفاذا لوصية المورث ، من شأنه أن يترتب عليه إثراء كل منهما على حسابها فرفض الحكم دعواها بالنسبة إلى وزارة الأوقاف والتركة بالتضامن بينهما بما صرفته في تشييد المسجد نفاذا لوصية المورث ، من شأنه أن يترتب عليه إثراء كل منهما على حسابها فرفض الحكم دعواها بالنسبة إلى وزارة الأوقاف استناداً إلى أن بناء المسجد لم يكن من مال الطاعنة بل كان مما حصلته من ريع أعيان التركة وأن الإثراء لا وجود له إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف إذ هو بناء خارج عن دائرة التعامل ، ففي هذا الذي أورده وزارة الأوقاف الحكم خاصا بوزارة الأوقاف ما يصلح رداً بالنسبة للتركة . ومن ثم يكون النعي عليه بالبطلان لقصوره في هذا الخصوص لا مبرر له** " (طعن رقم **١٥٠ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١١/١٦**)
- ويجب التمسك بقاعدة الإثراء أمام محكمة الموضوع : **يجب على المدعي التمسك أمام محكمة الموضوع بقاعدة الإثراء بلا سبب وبعد تمسكه هذا دفاعاً جوهرياً يجب على المحكمة الرد عليه و إلا أصبح حكمها هذا معيباً بالقصور**

وقد قضت محكمة النقض بأن" **مؤدى نص المادتين ١٧٩ و٣٢٤ من التقنين المدني أنه إذا تولى شخص عملاً لآخر وابرم له تصرفاً قانونياً رغم إرادته ، و أدى هذا التصرف ، أو ذلك العمل إلى افتقاره في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الأخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني فإن المثري يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين ، الإثراء أو الافتقار . وإذا كان البنك الطاعن قد استند في**

دفاعه المؤسس على أحكام الإثراء بلا سبب إلى أن قيامه بوفاء قيمة خطابات الضمان قد أدى إلى افتقاره ، و إلى إثراء العميل " مورث المطعون ضدهم " لما عاد عليه منفعة بسبب هذا الوفاء ، وهي براءة ذمته من الدين الذي لم يسبق له الوفاء به كلياً أو جزئياً ، ولا يقوم بهذا الدين سبب من أسباب البطلان أو الانقضاء وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل هذا الدفاع ولم يعن ببحثه مع أنه دفاع جوهري لو كان الحكم قد بحثه لجاز أن تتغير به النتيجة التي انتهى إليها فإنه يكون معيباً بالقصور " (الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

- التمسك بالإثراء أمام محكمة ثاني درجة ، وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت المادة ٣/١١ من قانون المرافعات السابق ، قد أجازت للخصوم في الاستئناف ، مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله ، تغيير سببه والإضافة إليه ، وكان الاستناد أمام محكمة الاستئناف في طلب الإلزام بمبلغ ، إلى أحكام الإثراء بلا سبب يعد سبباً جديداً أضيف إلى السبب الذي رفعت به الدعوى ابتداء ، وليس طلباً جديداً يتغير به موضوع الطلب الأصلي ، لأن هذا الطلب ظل باقياً على حالة حسبما كان مطروحاً أمام محكمة أول درجة ، فإن إبداء هذا السبب يكون مقبولاً أمام محكمة الاستئناف " (طعن رقم ٣١٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)
- ويقع على الدائن المفتقر عبء الإثبات إلا أنه لا يجوز التمسك ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – عبء إثبات حصوله على الإثراء بلا سبب والذي من تطبيقاته رد غير المستحق يقع دائماً على الدائن المفتقر " (الطعن رقم ٤٦٣٤و ٤٤٦٧ سنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩) ، وبأنه " لا يلزم العامل بالتعويض – وفقاً للمادة ١٤ من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر به القرار الجمهوري رقم ٣٣٠٩ لسنة ١٩٦٦ إلا إذا أخل بالتزامه بالعمل لدى الشركة المدة التي تحددها بعد انتهاء تدريبه ، كما أن الاستناد إلى قاعدة الإثراء بلا سبب يتطلب إثبات ما عاد من منفعة على المطعون ضده بسبب تدريبه ، وكلا الأمرين خروج على واقع الدعوى الذي كان معروضاً على محكمة الموضوع بواقع جديد فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (طعن رقم ٢٦٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/٣/٤)
- ويعد الإثراء والافتقار من الوقائع المادية يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البينة والقرائن ، وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة ١٧٩ من القانون المدني أنه إذا تولى شخص عملاً لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقاره في جانب ذلك الشخص وإلى إثراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الإثراء بلا سبب قانوني ، فإن المثري يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين الإثراء أو الافتقار . ولما كان الإثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات زمنها البينة والقرائن ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى

برفض الدعوى على سند من أنها تقوم على عقد مقاولة تزيد قيمته على عشر جنيهات دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الأساس إجابة الطاعن – المقاول– إلى طلب الإحالة إلى التحقيق لإثبات أنه هو الذي أقام المباني – لصالح المطعون عليه – فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤١ق جلسة ١٥/٣/ ١٩٧٦)، وبأنه " إذا كان عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب ومقداره يقع دائما على الدائن المفتقر فإن المشتري من المفلس – إذا قضى ببطلان عقد طبقاً للمادة ٢٢٨ تجاري – لا يستطيع في جميع الأحوال أن يرجع بالثمن على التفليسة إلا إذا اثبت أنه عادت عليها منفعة من هذا الثمن وبقدر هذه المنفعة يكون رجوعه عليها على ألا يتجاوز ما يرجع به الثمن الذي افتقر به ويعتبر في هذه الحالة دائنا لجماعة الدائنين الذين تتكون منهم الجماعة . أما أخفق في هذا الإثبات فإنه لا يستطيع رد الثمن من أموال التفليسة ولا يكون له في هذه الحالة إلا أن ينتظر حتى تقفل التفليسة ثم يرجع على المفلس بضمان الاستحقاق طبقاً لما تقضي به المادة ٤٤٢ من القانون المدني إذ أن العقد في العلاقة يعتبر قائماً وصحيحاً وليس صحيحاً القول بتخويل المشتري من المفلس في هذه الحالة الحق في أن يشترك بالثمن في التفليسة بوصفه دائنا عادياً في جماعة الدائنين يخضع مثلهم لقسمة الغرماء وذلك ما لم يثبت السنديك أن الثمن الذي قبضه المفلس لم يعد بأي نفع على جماعة الدائنين – ذلك أن هذا القول يقوم على أساس افتراض إثراء جماعة الدائنين الثمن الذي قبضه المفلس وإلقاء عبء نقض هذه القرينة على عاتق السنديك وفي هذا قلب لأوضاع الإثبات في دعوى الإثراء وابتداع لقرينة لا سند لها من القانون " (الطعن ١٨٨ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠)

- الخصوم في دعوى الإثراء : طرفا دعوى الإثراء بلا سبب ، هما المدعي والمفتقر ، والمدعي عليه وهو المثري ولا يشترط في أي منهما توافر الأهلية ، فيستوي أن يكون ذا أهلية أو يكون عديم الأهلية وفي هذه الحالة ينون عن عديم الأهلية من يمثله قانوناً من ولي أو وصي أو قيم ، مع مراعاة أحكام المادة ٢/١٤٢ مدني . وقد يوجد أكثر من مفتقر ،كالشركاء على الشيوع في الأرض المغتصبة ، فلكل دعوى قبل المثري بقدر حصته في الشيوع ، ولا تضامن بينهم لعدم وجود نص بذلك ، كذلك قد يوجد أكثر من مثري ، بأن يتعدد مغتصبي أرض الغير ، ويراعي أن المفتقر إذا رجع عليهم بدعوى الإثراء بلا سبب ، فلا تضامن بينهم لعدم وجود نص بذلك ، أما أن رجع عليهم بدعوى المسئولية التقصيرية ، فيكونون متضامنين عملاً بالمادة ١٦٩ ، (المستشار أنور طلبة – مرجع سابق ويري السنهوري بأنه لا تضامن إطلاقاً).
- طبيعة دعوى الإثراء ، فقد قضت محكمة النقض بأن " للوارث الرجوع على باقي الورثة بما يخصهم من الدين الذي وفاه – عن التركة –كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية فإذا كان رجوعه بدعوى الحلول يحل محل الدائن في نفس الدين الذي أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملاً

بالمادة ٣٢٩من القانون المدني فإذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن أثر بغير بدعوى الإثراء بر سبب فله أقل قيمتي الافتقار الذي لحقه مقدار بوقت الحكم والإثراء الذي أصاب المدعي عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائي أما إن رجع بدعوى الفضالة فيستحق طبقاً للمادة ١٩٥ من القانون المدني النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إلفيها فوائد من يوم دفعها أي من وقت الإنفاق " وإذ كان الطاعن قد أسس دعواه على أنه قام بسداد الدين الباقي للدائنة بعد أن اتخذت إجراءات نزع الملكية ورفع الدعوى لإلزام المطعون ضدهم بأن تدفع له نصيبها في الدين وفي الفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل في طلب الفوائد فأقم الدعوى المطعون في حكمها للمطالبة بتلك الفوائد ، وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند في داعوه إلى الفضالة في التي تعطيه الحق في الفوائد من تاريخ إنفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التي كانت تستحقها الدائنة وهي ٢٪ حتى يمكن القول باستناده لدعوى الحلول ، كما أنه لم يطلب الفوائد من تاريخ الحكم النهائي طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب و أوضح اضطراره لسداد الدين توفياً لإجراءات التنفيذ العقاري بدين لا يقبل الانقسام بالنسبة للمدينين وهو أحدهم مما تستقم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤٪ من تاريخ الإنفاق وهو سابق على التاريخ الذي جعله بدءاً لطلبها، فإن الحكم – إذ خالف ذلك بأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما لا يستقم مع طلباته فيها – يكون مخطئاً في تطبيق القانون . (الطعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

- عدم تقيد التعويض عن الإثراء بالقيمة الإيجارية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الغصب باعتباره عملاً غير مشروع ، – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بتعويض الأضرار الناشئة عنه ولا تتقيد المحكمة بحكم المادة ٣٣ من الإصلاح الزراعي عند قضائها بالريع لصاحب الأرض المغتصبة مقابل ما حرم من ثمار ، و ذلك باعتبار هذا الريع بمثابة تعويض ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون بتجاوزه الحد الأقصى المقرر لإيجاره الأراضي الزراعية طبقاً للمادة ٣٣ المشار إليها (طعن رقم ٤٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٥ ، طعن رقم ١٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨) ، وبأنه إنفاق المستأجر مصروفات على إصلاح البور وإحياء الموت بالعين المؤجرة له وهي من المصروفات النافعة – التي لم يثبت حصول الاتفاق عليها – وليست من المصروفات الضرورية لحفظ العين من الهلاك فلا محل معه للرجوع بهذه المصروفات استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ما دام هناك عقد يحكم علاقة الطرفين .إذا أن للإثراء والافتقار سبباً مشروعاً هو عقد الإيجار القائم بين الطرفين ، ولأن هذه المصروفات قد أفاد منها المستأجر

طول مدة استغلاله للعين فينعدم بذلك قانوناً شرط افتقار المستأجر الذي هو شرط جوهري لدعوى الرجوع (الطعن رقم ٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

- ولا يجوز تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب إذا كان هناك علاقة تعاقدية بين الأطراف : إذا كانت علاقة الخصومة يحكمها عقد فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب لوجود رابطة عقدية وتكون أحكام العقد هي المرجع في تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين ، والعقد الذي هو سبب الإثراء قد يكون مبرماً بين المثري والغير دون أن يكون طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء

وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية ، فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب والذي تطبيقاته رد غير المستحق بل لا يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما التزاماته قبل الآخر ، إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون الإثراء الحادث وللافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبرره (الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢) ، وبأنه الاتفاق بين المنتفع والشركة المستغلة لمرفق الكهرباء بالقاهرة على أن يساهم المنتفع في تكاليف الوصلة الكهربائية إلى مصنعه بمبلغ معين والتزام الشركة برد عائد مقرر على ما تستهله سنوياً ما دامت الشركة قائمة على ألا يتجاوز العائد المرتد قيمة التكاليف المذكورة ، يعتبر معه ما دفع استنادا إلى هذا العقد مدفوعاً بسبب صحيح ولا يعتبر إثراء بلا سبب " (الطعن ١٤٨ لسنة ٢٣ق جلسة ٣٠/٥/ ١٩٥٧) ، وبأنه" مؤدى نص المادة ٩ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري أن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل – وعلى وجه ما جرى به قضاء هذه المحكمة – سوء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، وما لم يحصل هذا التسجيل تبقى الملكية على ذمة المتصرف ، ولا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت تسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها ، و إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى عدم تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب لطلب الطاعن الأول – المثري – نصيبه في أنقاض المنزل موضوع النزاع لأنه لم يصبح مالكاً لحصته في هذا المنزل إلا بالتسجيل الذي تم في سنة ١٩٥٨ وبعد أن استولي المطعون عليه – المشتري لذات العقار – على أنقاض المنزل المذكور وأصبحت الأرض خالية من المباني ، لما كان ذلك فإن النعي على الحكم يكون في غير محله " (الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٤/٦) ، وبأنه "متى كان هناك عقد يحكم علاقة الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير فإن هذه القاعدة هي مصدر لا تعاقدي للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد ، فإن كان المستأجر قد التزم في عقد الإيجار بأجرة ري الأرض وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن يخصم من أجرة الأطيان ثم دفع للصرف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطيان المؤجرة فخصمت له الحكومة الزيادة من أجرة الري الملتزم هو بها ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطيان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير فإنها تكون قد أخطأت " (مجموعة القواعد القانونية ٢-٧٩ جلسة

١٩٤٤/١١/١٦) ، وبأنه " الأصـل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شـرط صـريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون ولا يقبل من هذا الناظر قوله أنه لا يصـــح الوقف على حســـاب جهوده فإن دعوى الإثراء على حســـاب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصـــمين وهي ليســـت حالته (مجموعة القواعد القانونية ٨٧- ١٢٢٧ جلســـة ١٩٤٥/٦/١٤)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن " إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو إثراء في جانب الطاعنين يتمثل فيما حصـــلوا علبيه من قيمة الثمار التي لم تكن مملوكة لهم وافتقار في ذمة المطعون عليهم عدا الأخيرة متمثلا في قيمة الثمار المملوكة لهم بموجب ذلك العقد (عقد الإيجار) والتي استولى عليها أفراد القوات المسلحة بعملهم غير المشروع مما يتوافر فيه عناصر الإثراء بلا سبب "(طعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١٢/٨) ، وبأنه" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه حيث تقوم بين طرفي الخصـومة رابطة عقدية ، فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سـبب والذي تطبيقاته رد غير المستحق بل لا يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما التزاماته قبل الآخر ، إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون الإثراء الحادث وللافتقار المترتب عليه ســبب قانوني يبرره ، لما كان ذلك وكان من الثابت من الأوراق أن علاقة المطعون ضـــده بمورث الطاعنين يحكمها عقد إيجار مبرم بينهما يلزم أولهما بأداء الأجرة مقابل تمكين ثانيهما من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وإن تعرضـــا ماديا وقع المطعون ضـــده من الغير لا يد له فيه بلغ من الجســـامة حدا حرمه كلية من الانتفاع بالعين المؤجرة وهو يخوله الحق بصـفته مسـتأجراً في الامتناع عن الوفاء بالأجرة إعمالا بنص المادة ٢/٥٧٥ من القانون المدني ، فإذا كان قد أداها للمؤجر " مورث الطاعنين " حق له أن يســـترد منه وفقاً لأحكام عقد الإيجار المبرم بينهما والتي تحدد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الأخر وتحمل المؤجر تبعة حرمان المســـتأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة باعتبار أن عقد الإيجار من العقود المســـتمرة والأجرة فيه مقابل المنفعة وليس وفقاً لقواعد الإثراء بلا ســـبب والذي من تطبيقاته رد غير المســـتحق طالما أن الإثراء لمورث الطاعنين سبب قانوني يبرره وهو عقد الإيجار سالف الذكر ،وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر في قضائه برفض الدفع المبدي من مورث الطاعنين بسـقوط حق المطعون ضـده في رفع الدعوى بالتقادم الثلاثي المنصـوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني يكون قد صـادف صـحيح القانون " (طعن رقم ١١٢٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٥) ، وبأنه " إذا كان الثابت أن علاقة الطاعن والمطعون عليه الأول يحكمها عقد إيجار مبرم بينهما ، فلا محل في تطبيق قواعد الإثراء بلا سـبب لوجود رابطة عقدية ، وتكون أحكام العقد هي المرجع في تحديد حقوق وواجبات كل من الطرفين قبل الأخر " (الطعن رقم

٥ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٢) ، وبأنه " اتفاق المستأجر مصروفات على إصلاح البور وإحياء الموت بالعين المؤجرة له وهي من المصــــروفات النافعة – التي لم يثبت حصـــول الاتفاق عليها – وليســـت من المصـــروفات الضـــرورية لحفظ العين من الهلاك فلا محل معه للرجوع بهذه المصـــروفات استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ما دام هناك عقد يحكم علاقة الطرفين .إذا أن للإثراء والافتقار سبباً مشروعاً هو عقد الإيجار القائم بين الطرفين ، ولأن هذه المصروفات قد أفاد منها المستأجر طول مدة اســـتغلاله للعين فينعدم بذلك قانوناً شـــرط افتقار المســـتأجر الذي هو شـــرط جوهري لدعوى الرجوع (الطعن رقم ٣ لسـنة ٣٢ ق جلســة ١٩٦٦/٥/١٠) ، وبأنه " من المقرر في قضـاء هذه المحكمة – أنه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب أو لأحكام الفضـالة ، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الأخر ، لما كان ذلك ومن الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه وســـائر مســـتندات الطعن أنه قد تم الاتفاق بين الشـــركة الطاعنة والمطعون ضـــدهم بموجب عقد المؤرخ على كيفية ســداد تكاليف تخزين اللحوم المستورة بالثلاجات بجمهورية مصـــر العربية وأن الملزم بها البائع أو المشـــتري حســـب ميناء الوصـــول ويتحمل المورد – المطعون ضـدهم – بمصـاريف تخزين البضـاعة في ثلاجات بورسعيد دون الإسكندرية حسـبما ورد في بنود التسليم في عقد التوريد وقد تعهد المطعون ضدهم بالعقد المؤرخ بتحمل نفقات التخزين بثلاجات الجيش بالســـويس وكافة الالتزامات المترتبة على تخزين هذه الكمية ، ومن ثم فإن العلاقة بين طرفي الخصومة علاقة تعاقدية وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الشركة الطاعنة تأسيساً على قواعد الإثراء بلا سبب والفضالة فإنه يكون مشوباً بالخطأ في تطبيق القانون (الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٥/١٨)

- و في حالة فسخ العقد أو بطلانه يجوز التمسك بقاعدة الإثراء بلا سبب **:يجوز للدائن في حالة فسخ العقد أو بطلانه استرداد حقه بدعوى الإثراء بلا سبب .**

و قد قضـــت محكمة النقض بأن " **لما كان القانون التجاري خلوا من نص يجيز للمتعاقد من المفلس بعقد من عقود المعاوضـــة – إذا ما قضـــى ببطلان هذا العقد طبقاً للمادة ٢٢٨ من ذلك القانون – أن يســـترد من التفليســـة المقابل الذي قدمه للمفلس فإن رجوع هذا المتعاقد على التفليســـة بهذا المقابل لا يكون إلا على أســـاس ما تقضـــي به القواعد العامة ،وإذا كان لا يحق للمشـــتري من المفلس أن يستند في استرداد الثمن من التفليسة على الالتزام بالضمان الناشئ عن عقد البيع لأنه ما دام هذا العقد لا ينفذ في حق جماعة الدائنين فإنه لا يمكن مطالبتهم بالالتزامات المترتبة عليه ومن ثم فلا يكون للمشتري في هذه الحالة من سند في الرجوع على التفليسة سوى دعوى الإثراء بلا سبب متى توافرت شروطها " (الطعن رقم ٨٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٣/٣٠) ، وبأنه " الحكم بفسخ عقد**

المقاولة ينبني عليه انحلاله واعتباره كأن لم يكن ، ولا يكون رجوع المقاول – الذي أخل بالتزامه – بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لا إلى العقد الذي فسخ وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة . ولما كان مقتضى مبدأ الإثراء وفقاً للمادة ١٧٩ من القانون المدني أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما اثري ، أي أنه يلتزم برد أقل قيمتي الإثراء والافتقار وكان تقدير قيمة الزيادة في مال المثري سبب ما استحدث من بناء يكون وقت الحكم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر والتزم في تقدير قيمة ما زاد في مال المطعون عليه – رب العمل – بسبب ما استحدثه الطاعن – المقاول – من أعمال البناء الحدود الواردة في عقد المقاولة الذي قضى بفسخه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٧/ ١٩٧٠/٣)

- والفائدة القانونية التي تستحق عن التعويض في دعوى الإثراء بلا سبب تحسب من وقت صدور الحكم النهائي، و قد قضت محكمة النقض بأن" **لما كان الحكم المطعون فيه – وعلى ما سلف بيانه فيما تقدم – قد أقام قضائه على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب وكان من مقتضى هذه القاعدة التزام المثري في حدود ما أثرى به بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة – وكانت العبرة في تقدير قيمة الافتقار هو وقت صدور الحكم فإن الفائدة القانونية التي تستحق عن هذا التعويض لا تكون إلا من وقت صدور الحكم النهائي " (الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٩)**
- عدم التزام القاضي في تقدير التعويض بحكم المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعي قبل العمل بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ ، وقد قضت محكمة النقض بأن " **لا يلتزم القاضي في تقديره للتعويض عن الإثراء بلا سبب بحكم المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعي " (الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٣/٥)**
- ومن حالات الإثراء بلا سبب نقل عبء ضريبة التصرفات العقارية على غير الملتزم بها ، وقد قضت محكمة النقض بأن " **يعتبر باطلاً كل شرط أو اتفاق يقضي بنقل عبء الضريبة " على التصرفات العقارية " ويؤديها عنه المتصرف إليه الذي يكون له الرجوع بما أداه على المتصرف المدين بدين الضريبة بدعوى الإثراء بلا سبب ويبطل كل شرط أو اتفاق على خلاف ذلك .(الطعن رقم ٢٤٠٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٣١)**

﴿المـــادة ١٨٠﴾

"تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية العراق م ٢٤٤، السوري ١٨١، الليبي م١٨٣.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " **ينشئ المشروع في هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في المطالبة بالرد أو التعويض ويقف علة شخص من يلتزم بذلك وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة ويبدأ سريانها من اليوم الذي ينشأ فيه الالتزام .**

﴿ الشـــرح ﴾

- مدة تقادم دعوى المطالبة برد الإثراء : **وقد اتبع الشـــارع في تحديد مدة تقادم دعوى المطالبة برد الإثراء ، التي يرفعها المفتقر ، القاعدة التي اتبعها في تحديد مدة تقادم دعوى المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية يجعلها مدة قصيرة (٣ سنوات) تبدأ من العلم بالحق في المطالبة ، فإن لم يتم هذا العلم كانت مدة التقادم المعتادة (١٥سـنة) من تاريخ نشـوء الحق ، بصرف النظر عن تاريخ العلم**
- والتقادم المنصوص عليه في هذه المادة لا يتعلق بالنظام العام : **سقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سـبب بالتقادم الثلاثي لا يتعلق بالنظام العام و إذا لم يثبت أن الطاعنة تمسـكت به أمام محكمة الموضــوع فإن ما تثيره بشـأنه يعتبر سـبباً جديداً لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض (الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٩)**

(١) دفـــع غيـــر المستحـــق

《 الـمــــادة ١٨١ 》

"كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده . على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملتزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذه الوفاء ".

《 التعليـــــق 》

هذه المادة تقابل من نصــوص المواد العربية العراقي م ٢٣٣و٢٣٦، الســوري١٨٢،اللبناني م ١٤٣ ، الليبي م١٨٤.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضـــاحية بأن " **ليس دفع غير المســتحق ســوى تطبيق خاص للقـاعـدة العـامـة في الإثراء بلا ســبب ، فـالوفـاء بـدين ، تصــرف قـانوني يجـب أن تجتمع له الشـروط الواجب توافرها في سـائر التصـرفات القانونية ، فيشـترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه وأن يصدر ممن تتوافر لدية أهلية الوفاء ، فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية ،كان الوفاء غير صحيح ويعتبر من تسلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه ، قد أثرى دون سـبب ويصـبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء ،كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين في عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا شخص بالوفاء بتعويض عن حاث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه . والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ في الوفاء ، فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مســتحقاً قد تم عن بينة من الموفى ، فيفرض أنه أوفى على ســبيل التبرع إلا أن يكون غير كامل الأهلية ، أو أن يقدم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت ســـلطان إكراه ،كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى (و أنظر المذكرة الإيضاحية للمادة التالية) .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- المقصـود برد غير المسـتحق : **الالتزام برد غير المسـتحق ، هو الالتزام الذي ينشـأ على عاتق من يتلقى وفاء لا يســـتحقه وفقاً لأحكام القانون ، بأن يرد ما تلقاه إلى من وفى به . وتتعلم هذا الالتزام بالمرد المواد من ١٨١ إلى ١٨٧ من القانون المدني ، التي تحدد شـروط قيام هذا الالتزام كما تحدد أحكامه ببيان ما يجب رده في الأحوال المختلفة ، وما قد يحول دون الرد من موانع . (الشرقاوي بند ١١٣)**
- شـروط رد غير المسـتحق: الشـرط الأول : أن يكون هناك وفاء : **يقصـد بالوفاء كشـرط لقيام الالتزام برد غير المسـتحق . أن يقع تنفيذ من أحد الأشـخاص لما يظنه التزاماً عليه (أو لما يظنه التزاما حالا أو لما يجبر على أدائه)، وســـواء أكان هذا الوفاء عينياً ، بأن يدفع النقود محل الالتزام أو يســلم الشـيء الذي ينصـب الالتزام على تسـليمه ، أو كان وفاء بما يقوم مقام التنفيذ العيني ، كالاتفاق على تحديد الالتزام أو الاتفاق على المقاصـــة بين الالتزام وبين حق للموفى قبل الموفى له .(الشرقاوي بند ١١٣)** الشرط الثاني : أن يكون الدين غير مستحق : **ويرجع عدم وجود الدين إلى ســبب من الأســباب الآتية : (١) إذا كان الدين منعدماً من الأصــل كما لو دفع المدين أكثر من المدنين المستحق عليه ، فيكون التزامه بالنسـبة إلى الجزء الزائد غير موجود (٢) إذا كان المدين موجوداً في الظاهر بأن كان مصـــدره عقداً مطلق البطلان . (٣) إذا كان الدين ديناً طبيعياً أي لا جير في تنفيذه (م١٩٩/٢). (٤) إذا كان الدين كان قد انقضى قبل الوفاء بسبب من أسباب الانقضاء كالمقاصة أو التجديد أو الإبراء (٥) إذا كان الدين غير مستحق في علاقة الموفى بالموفى له . كما لو كان الموفى مديناً ودفع الدين لغير الدائن ، أو كان الموفى غير مدين ودفع دين غيره اعتقاداً منه بأنه يدفع دين نفسه .(سلطان – مرجع سابق بند ٥٤٦)**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" من المقرر – على ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – أن عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب والذي من تطبيقاته رد غير المستحق يقع دائما على الدائن المفتقر " (طعنان رقما ٤٦٣٤، ٤٤٦٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩) وبأنه " إذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعي والذي يطلب الحكم برده إنما دفع منه عن بصـيرة ونور تنفيذاً لعقد تصـفية شـركة يتضـــمن التزامات متبادلة أبرم بينه وبين المدعي عليه فإنه لا يكون محقاً في اســـترداده " . (طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٠/٢٢) وبأنه " إذا نصت المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٢ في شـأن التجاوز على اسـترداد ما صـرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور بناء على قرارات بالترقية أو تســويات صـــادرة من جهات الإدارة تنفيذاً لحكم أو فتوى صـــادرة من القســم الاســتشــاري للفتوى والتشـريع بمجلس الدولة والإدارات العامة بديوان الموظفين وذلك إذا ألغيت أو سحبت تلك القرارات أو التسويات " فقد أفصح هذا النص عن أن التجاوز عن الاسترداد مقصور على**

ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات و أجور . فإذا كان من الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن المبلغ المطالب برده كان قد قضى به للمطعون ضده على أساس أنه تعويض له بسبب إحالته إلى المعاش قبل سن الخامسة و الستين فإن هذا المبلغ المحكوم به لا يعتبر مرتباً أو أجراً وبالتالي لا يخضع للتجاوز عن الاسترداد المنصوص عليه في القانون المذكور كان هذا التعويض قد قدر بما كان سيتقاضاه المطعون ضده من المرتب لو أنه استمر في الخدمة إلى سن الخامسة والستين لأن هذا لا يغير من طبيعته كتعويض ولا يجعله مرتباً (طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/١/١١) " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه – برفض دعوى رب العمل باسترداد ما دفع بغير حق – على انتفاء ركن الغلط فيما قامت به الطاعنة (رب العمل) من وفاة بمكافأة نهاية الخدمة للعامل المطعون ضده والتزامها بما دفعه استناداً إلى ما انتهى إليه من أن وفاءها تم طبقاً لأحد الرأيين في تفسير المادة ٧٣ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وكان استخلاصه هذا سائغاً اهتدى بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٩ عن تعارض التفسيرات بشأن هذه المادة ، وكان ثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقبل قاضي الموضوع بتقديرها ، فإن ما تتعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه – من الخطأ في تطبيق القانون – يكون في غير محله " (طعن رقم ٤٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/٨)

- ولا يجوز تطبيق قاعدة استرداد ما دفع بغير وجه حق إذا كان هناك عقد : من المقرر أنه حيث تقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية ، فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب والذي تطبيقاته رد غير المستحق بل لا يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما التزاماته قبل الآخر ، إذ يلزم لقيام هذه الدعوى ألا يكون الإثراء الحادث وللافتقار المترتب عليه سبب قانوني يبرره . و قد قضت محكمة النقض بأن " لما كان المطعون ضدهن قد أسس دعواهن على أن الفرق في تقدير قيمة العقار المختلف عن المورث نتيجة إعمال القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٦ومقداره ٩٢٣٠ جنيها لا تندرج في أصول التركة ولا يخضع لضريبة التركات أو رسم الأولوية ومن حقهن استرداد المبالغ التي سددنها لمصلحة الضرائب لأنها غير مستحقة لها قانوناً ، ولما كانت الدعوى على هذه الصورة هي دعوى رد ما دفع بغير وجه حق ولا تعتبر تقديرات المصلحة لعناصر التركة بحيث تخضع لحكم المادة ٣٧ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ ، بل يكون للمطعون ضدهن أن يرفعنها إلى القضاء مباشرة ذلك لأن الضريبة – وعلى وجه ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ترتكن في أساسها على رباط عقدي بين مصلحة الضرائب والممول وإنما تحددها القوانين التي تفرضها وليس في هذه القوانين ولا في القانون العام ما يحول دون تدارك الخطأ الذي يقع فيها فللممول أن يسترد ما دفعه بغير حق وللمصلحة أن تطالب بما هو يستحق زيادة على ما دفع ما لم

يكن هذا الحق قد سـقط بالتقادم .لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه لا يكون قد خالف القانون" (طعن ١٠٨١ لسـنة ٤٩ق جلسـة ١٩٨٢/١١/١) وبأنه " إذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعي والذي يطلب الحكم برده إنما دفع منه عن بصـيرة وترو تنفيذاً لعقد تصفية شركة يتضمن التزامات متبادلة أبرم بينه وبين المدعي عليه فإنه لا يكون محقاً في استرداده " (طعن ١٧٨ لسـنة ٢١ق جلسـة ١٩٥٣/١٠/٢٢) وبأنه "الضـريبة – وعلى وجه ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – لا ترتكن في أسـاسـها على رباط عقدي بين مصـلحة الضـرائب والممول وإنما تحددها القوانين التي تفرضـها وليس في هذه القوانين ولا في القانون العام ما يحول دون تدارك الخطأ الذي يقع فيها فللممول أن يسـترد ما دفعه بغير حق وللمصـلحة أن تطالب بما هو يسـتحق زيادة على ما دفع ما لم يكن هذا الحق قد سـقط بالتقادم . (طعن ٢١٠لسـنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٣/٢/٢١)

- ولا يجوز أيضا تطبيق قاعدة استرداد ما دفع بغير وجه حق إذا نص القانون على غير ذلك ، وقد قضـت محكمة النقض بأن " إذا نصـت المادة الأولى من القانون رقم ٥٥ لسـنة ١٩٦٢ في شأن التجاوز على استرداد ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات وأجور بناء على قرارات بالترقية أو تسـويات صـادرة من جهات الإدارة تنفيذاً لحكم أو فتوى صـادرة من القسـم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة والإدارات العامة بديوان الموظفين وذلك إذا ألغيت أو سحبت تلك القرارات أو التسويات " فقد أفصح هذا النص عن أن التجاوز عن الاسترداد مقصور على ما صرف إلى الموظفين والعمال من مرتبات و أجور . فإذا كان من الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن المبلغ المطالب برده كان قد قضـى به للمطعون ضـده على أسـاس أنه تعويض له بسبب إحالته إلى المعاش قبل سن الخامسة و الستين فإن هذا المبلغ المحكوم به لا يعتبر مرتباً أو أجراً وبالتالي لا يخضـع للتجاوز عن الاسـترداد المنصـوص عليه في القانون المذكور كان هذا التعويض قد قدر بما كان سيتقاضـاه المطعون ضـده من المرتب لو أنه استمر في الخدمة إلى سـن الخامسة والستين لأن هذا لا يغير من طبيعته كتعويض ولا يجعله مرتباً (طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/١/١١)
- وإذا كان الموفى ناقص الأهلية فله الحق في أن يطعن في صحة الوفاء : إذا كان الموفى ناقص الأهلية فله الحق في أن يطعن في صـحة الوفاء ، ولو كان يعلم أنه غير واجب عليه ، إذ تمسك بنقص أهليته ـ لأن الوفاء الصادر من ناقص الأهلية وفاء قابل للإبطال في جميع الأحوال . وإذا ما دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً في ذمته ، فإن الدفع يكون صـحيحاً مبرماً للذمة إذا لم يلحق به ضرراً ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا الحكم صـراحة إذ تجرى على أن :" ومع ذلك فالوفاء بالشـيء المستحق ممن ليس أهلا للتصـرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي "(السنهوري مرجع سابق ص١٠٠٦)

- وإذا كان الموفى قد أكره على الوفاء فله الحق في أن يطعن على الوفاء على أساس الإكراه : يجوز لمن أوفى بغير المستحق مع عمله ، أن يطعن في الوفاء على أساس الإكراه . والمقصود بالإكراه هنا هو ذات الإكراه الذي يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه في المادة ١١٧ من القانون المدني ، وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد بعث الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق .(المستشار محمد كمال عبد العزيز مرجع سابق) ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة في الإكراه ، فيستوي أن تكون مشروعة وغير مشروعة ، متى كان من شأنها أن تشيع الرهبة في نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء .

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كان الدين – على ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني في خصوص المادة ٣٨٦ منه – لا ينقضي قبل التمسك بالتقادم لمجرد انقضاء المدة المسقطة وإنما يظل ديناً أو التزاما مدنيا إلى أن يدفع بتقادمه مما مؤداه اعتبار هذا الدين رغم اكتمال مدة تقادمه مستحق الأداء ما دام أن المدين لم يتمسك بالتقادم ويجعل الوفاء به من جانب هذا المدين وفاء بدين مدني مستحق الأداء مما يخرجه من نطاق تطبيق المادة ١٨١ مدني بشأن قاعدة دفع غير المستحق فيحول بينه وبين استرداده على خلاف ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه ، إلا أن مناط الاعتداد بهذا الوفاء وعدم أحقية المدين الموفى في طلب استرداده أن يكون الوفاء صادرا من المدين عن رضا واختيار ولا إكراه عليه فيه وإلا جاز له المطالبة برده ، و يعتبر الوفاء نتيجة إكراه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذا حصل تحت تأثير الحجز الذي توقع على أموال المدين الموفى "(طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨) وبأنه" الإكراه الدافع على الوفاء في معنى المادة ١٨١ من القانون المدني هو الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص وبدفعه إلى الوفاء تحت تأثير الرهبة التي تقع في نفسه لا عن حرية اختيار ولا عبرة بالوسيلة المستخدمة في الإكراه فيستوي أن تكون مشروعة منى كان من شأنها أن تشيع الرهبة في نفس الموفى وتدفعه إلى الوفاء " (الطعن ٦٥٥ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦)

- ويعد إكراهاً الوفاء تحت تأثير الحجز ، فقد قضت محكمة النقض بأن " تنص المادة ١٨١ من القانون المدني على أن من تسلم على سبيل الوفاء مما ليس مستحقاً له وجب عليه رده وأنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون قد اكراه على الوفاء فإذا استخلصت محكمة الموضوع أن وفاء الشركة للبلدية بالرسم لم يكن تبرعاً بل نتيجة إكراه لحصوله تحت تأثير الحجز الذي توقع على أموالها تحديد يوم لبيع هذه الأموال وحضور مندوب البلدية في هذا اليوم لإجرائه البيع فعلاً فإن هذا الاستخلاص سائغاً فعلا لا مخالفة فيه للقانون لأن الإكراه بالمعنى المقصود في المادة ١٨١ يتحقق في هذه الصورة " (طعن ١١٥ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢١)

- ولا يعتبر إكراها مجرد إقامة الدعوى أو الإبلاغ عن واقعة ، فقد قضت محكمة النقض بأن" النص في الفقرة الثانية من المادة ١٨١ من القانون المدني على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء " يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة وترو أي عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه ، وأن الإكراه الذي عناه بهذا النص المبطل للوفاء الذي حصل بناء عليه والمسوغ للرد هو ذات الإكراه الذي يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه في المادة ١٢٧ من القانون المدني وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانون لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها وأن التقاضي والإبلاغ لا يعتبران بذاتهما إكراها لأنهما من الحقوق المباحة ولا يسال من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو ذوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى اللدد في الخصومة والعنت مع وضوح الحق ابتغاء الأضرار بالخصم (الطعن ٤٦٣٤، ٤٤٦٧ سنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٢/٩)
- وتنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه هو عمل مشروع قانوناً فإن الوفاء تنفيذاً له لا يتضمن إكراهاً عن هذا الوفاء، وقد قضت محكمة النقض بأن" النص في المادة ١٨١ من القانون المدني على أنه "١- كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ٢- على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكراه على هذا الوفاء يدل على أنه لا محل للرد إذا كان الدفع عن بصيرة أو ترو أي عن علم الدافع بأنه غير ملزم بما دفعه . وإن الإكراه الذي عناه المشرع بهذا النص المبطل للوفاء الذي حصل بناء عليه والمسوغ للرد هو ذات الإكراه الذي يجيز إبطال العقد والمنصوص عليه في المادة ١٢٧ من القانون المدني وشرط تحققه أن يكون الإكراه قد الرهبة في نفس المكره بغير وجه حق باعتبار أن الأعمال المشروعة قانون لا يمكن أن يترتب عليها إبطال ما ينتج عنها ، ولما كان ذلك ، وكان تنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه – وقبل إلغاء هذا الحكم – هو عمل مشروع قانوناً فإن الوفاء تنفيذاً له لا يتضمن إكراهاً على هذا الوفاء لأنه تم بوجه حق كما أن وفاء المطعون ضد الأول للطاعنة – بما أقره لها طواعية واختيار من نفقة دون صدور حكم يلزمه بها وفي تاريخ لاحق على الحكم النهائي ببطلان عقد زواجه منها وعلمه بأنه غير ملزم بما أقره ودفعه لها فإن هذا الوفاء لا يتضمن إكراها وقام به وهو يعلم أنه غير ملزم بدفعه فلا يسوغ له استرداده (الطعن ٤٣٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)
- موضوع دعوى استرداد ما دفع بغير حق قابل للتجزئة والحكم الذي يصدر فيها قابل للتجزئة ، وقد قضت محكمة النقض بأن " الموضوع في دعوى استرداد ما دفع بغير حق قابل للتجزئة والحكم الذي يصدر فيها قابل للتجزئة ولو كان المدعي مدنيا مع آخر في قرض لأن سبب

الدعوى ليس عقد الفرض ومن ثم فلا تنطبق عليها القاعدة الواردة بالمادة ٣٨٤ من قانون المرافعات "(الطعن ٢٢٦ لسنة ٢٦٥ق جلسة ١٩٦٢/١/٤)

﴿ المـــــادة ١٨٢ ﴾

" يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية اللبناني م١٤٥ ، السوري م١٨٣ ، الليبي م١٨٥ ، العراقي م١/٢٣٣ و ٢٣٦ .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية بأن " **يقتضي العمل أن يكون من واجب من يدعى أداء ما لم يكن مستحقا أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما : قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانوني ويخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية على وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة ، وقد نصت المادة ٧٩ من التقنين التونسي والمادة ٧٤ من التقنين المراكشي على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد منه إثبات وجود التزام أو براءة الذمة منه تنل جميعا منزلة الوفاء ، وقد قصد المشروع من عموم العبارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق الى مواجهة هذه الحالات وإباهها ، فاستهل المادة ٢٥٠ (المادة ١٨١ من القانون) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده ، أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضربا من ضروب ما يحصل الوفاء به ، أما الأمر الثاني : فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقا في ذمته ، ويتيسر به ذلك : (أ) إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذي أداه إطلاقا ، كما إذا كان الوارث قد أوفى بدين لم يكن مورثه ملتزما به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين في عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه . أو (ب) إذا أثبت أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين دينا معلقا على شرط واقف مع أنه لم يتحقق وتجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء خلاب فترة التعليق قبل أن يعلم مصير الشرط . (جـ) إذا أثبت أن سبب المدين قد زال بعد تحققه ، كما إذا نفذ أحد العاقدين التزامه في عقد أبطل أو فسخ بعد ذلك ، فإذا أقام المدعى هذا الدليل فرض أنه قد أوفى خطأ ، وأن من حقه أن يسترد ما دفع ، ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مشروع آخر ، والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له ، لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ في الوفاء ، فإذا أثبت أن الوفاء بما لم**

يكن مستحقا قد تم عن بينة من الموفى ، فرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة ثانية .

﴿ الشـــرح ﴾

- استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام زال سببه بعد أن تحقق :
وهذه هى الحالة الثانية من حالتى دفع غير المستحق ، وهى تتحقق إذا كان الوفاء صحيحا وقت القيام به ، بأن يكون الدين موجودا ومستحق الدفع ، وأن يتم الوفاء به من المدين به ، دون أن يشوب إرادته عيب ، أو أن يكون ناقص الأهلية ، ولكن يزول هذا الدين بعد ذلك ، فيصبح الوفاء بغير سبب ، ويتحقق ذلك إذا كان التصرف الذي نشأ عنه الديون تصرف قابل للإبطال ، وكما سبق أن رأينا فإن العقد القابل للإبطال هو عقد قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله ، فإذا قام المدين في هذا العقد بالوفاء بما عليه من دين فهو يوفى بدين واجب الدفع ، ولكن إذا أبطل العقد الذي نشأ عنه الدين ، فإنه يعتبر كأن لم يكن ويعتبر الدين بالتالي كأن لم يكن ، ويزول السبب الذي كان يبرر الوفاء ، فيصبح الوفاء هو كذلك وفاء لدين غير موجود ، وهو في الواقع دين كان موجودا ، ولكنه أصبح غير موجود بعد الوفاء ، ويصدق نفس القول إذا كان المدين قد نشأ عن عقد ، ثم فسخ العقد بعد الوفاء ، وكل عقد قابل للفسخ لعدم التنفيذ ، فإذا فسخ العقد ، اعتبر كأن لم يكن ، وأعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا كان أحدهما قد وفى بالدين الذي نشأ على عاتقه من هذا العقد ، فإنه يكون قد وفى بغير المستحق ويجوز له استرداد ما وفاه ، ويتحقق نفس الشئ أيضا ، إذا نشأ الدين معلقا على شرط فاسخ ، ثم تحقق الشرط ، فزال الدين بأثر رجعي ، ولكن الوفاء به كان قد تم قبل زواله فيعتبر هذا وفاء لغير المستحق . (تناغو بند ٢٢٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادتين ١٨١ ، ١٨٢ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن المشرع أورد حالتين يجوز فيهما للموفى أن يسترد ما أوفاه أولاهما الوفاء بدين غير مستحق أصلا وهو وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء وفي هذه الحالة يلتزم المدفوع له بالرد إلا إذا نسب الى الدافع نية القيان بتبرع أو أى تصرف قانوني آخر ، والثانية أن يتم الوفاء صحيحا بدين مستحق الأداء ثم يزول السبب الذي كان مصدرا لهذا الالتزام ولا يتصور في هذه الحال الثانية أن يكون طالب الرد عالما وقت الوفاء بأنه غير ملتزم بما أوفى لأنه كان ملتزما به فعلا وسواء أتم الوفاء اختيارا أو جبرا فإن الالتزام بالرد يقوم بمجرد زوال سبب الوفاء " (الطعنان رقما ١٧١ ، ١٨٦١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩) وبأنه " مؤدى نص المادتين ١٨١ ، ١٨٢ من القانون المدني أن المشرع أورد حالتين يجوز فيهما للموفى أن يسترد ما أوفاه ، أولاهما الوفاء بدين غير

مستحق أصلا وهو وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء ، وفي هذه الحالة يلتزم المدفوع له بالرد إلا إذا نسب الى الدافع نية القيان بتبرع أو أى تصرف قانوني آخر ، وثانيهما أن يتم الوفاء صحيحا بدين مستحق الأداء ثم يزول السبب الذي كان مصدرا لهذا الالتزام ولا يتصور في هذه الحالة الثانية أن يكون طالب الرد عالما وقت الوفاء بأنه غير ملزم بما أوفى لأنه كان ملتزما به فعلا وسواء أتم الوفاء اختيارا أو جبرا ، قصد منه الموفى تحقيق مصلحة شخصية أو م يقصد فإن الالتزام بالرد يقوم بمجرد زوال سبب الوفاء " (الطعن رقم ١٨٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٧/٥/١٧)

- وعلى ذلك يجوز للدائن استرداد ما دفع بغير وجه حق من رسوم وضرائب غير مستحقة ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لما كانت الاعتمادات المستندية غير المغطاة تخضع لرسم الدمغة وكانت المادة الثامنة من الفصل الثاني من الجدول رقم ٢ الملحق بالقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ تقضي بأن يقع عبء الرسم المستحق على عقود أو عمليات فتح الاعتماد وتجديدها على الطرفين بالتساوي ، ولا يجوز الاتفاق على عكس ذلك ، وكان الثابت من تقرير الخبير الذي أخذ به الحكم المطعون فيه أن البنك قد سدد الدمغة مناصفة بينه وبين العملاء عن العقود المغطاة التي لا يستحق عليها الرسم ، وكانت الدعوى باسترداد الرسم مرفوعة من البنك دون العملاء ، فإن الحكم إذا اقتصر على القضاء برد الرسوم المدفوعة من البنك وحده ، لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٣/١٠/٣١) وبأنه " إذ كانت الطاعنة تؤسس دعواها بطلب استرداد رسم الأيلولة وضريبة التركات على أنها مالكة للرقبة في العقار بعد إشهار إلغاء وقفه وأن حق الانتفاع قد آل إليها بوفاة الواقفة فلا يندرج هذا الحق في أصول تركتها ولا يخضع لضريبة التركات أو رسم الأيلولة ، ومن حقها استرداد المبالغ التي سددتها لمصلحة الضرائب لأنها غير مستحقة لها قانونا ، ولما كانت الدعوى على هذه الصورة هى دعوى رد ما دفع بغير وجه حق ولا يعتبر طعنا في قرار صادر من لجنة الطعن بحيث تخضع في رفعها لميعاد الطعن المنصوص عليه في المادة ٣٨ من القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٤ ، بل يكون للطاعنة أن ترفعها الى القضاء مباشرة ذلك لأن الضريبة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لا ترتكن في أساسها على رباط عقدي بين مصلحة الضرائب والممول ، وإنما تحددها القوانين التي تفرضها وليس في هذه القوانين ولا في القانون العام ما يحول دون تدارك الخطأ الذي يقع فيها فللممول أن يسترد ما دفعه بغير حق وللمصلحة أن تطالب بما هو مستحق زيادة على ما دفع ما لم يكن هذا الحق قد سقط بالتقادم . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وانتهى الى أن الطاعنة أخطرت بالربط ولم تطعن فيه أمام اللجنة في الميعاد فصار نهائيا ، ورتب على ذلك أن المبالغ موضوع النزاع أصبحت مستحقة لمصلحة الضرائب ولا يحق للطاعنة استردادها ثم قضى برفض دعواها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٣٨ق جلسة

١٩٧٤/٦/١٩) وبأنه " إذا كانت الضريبة قد حصلت وفقا لنص المادة ٨/٣٢ قبل صدور قرار وزير المالية بإدخال المهنة ضمن نطاق المادة ٧٢ فإن هذا لا يحول دون استرداد ما حصل زيادة على قدر الضريبة المقررة بها إذ تعتبر هذه الزيادة بعد صدور القرار في حكم الضريبة المحصلة بغير حق " (١٩٥٠/١٢/٧ – مجموعة القواعد القانونية – ١٦١ – ٨١٢)

- وكذلك يجوز أيضاً للدائن استرداد الفوائد التي تجاوز الحد الأقصى ، فقد قضت محكمة النقض بأن **" الشارع قد حرم زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منه ، ولما كان هذا التحريم مطلقا لا استثناء فيه وهو من النظام العام فهو يكون واردا على الزيادة في فائدة الديون جميعا بلا تفرقة بينها سواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والديون ذات الفائدة المحتملة وإذ كان الاتفاق على مثل هذه الزيادة باطلا بطلانا لا تلحقه الإجازة بحال وكان لمن دفع تلك الفوائد حق استرداد الزائد منها على الحد القانوني فإن تعرض المحكمة لنية المتعاقدين وقولها أن المدين لم يكون ينوي استرداد المدفوع منه زائدا على الفائدة القانونية يكون من الخطأ لأن هذه النية لو صح وجودها لا يمكن أن يكون لها تأثير في الاسترداد المقرر بحكم القانون " (١٩٤٥/٥/١٧ ، ١٩٤٠/٥/٩ – مجموعة القواعد القانونية – ٥٧ – ٥٦ – ٢٦٦)**
- وفي حالة القضاء بإلغاء حكم بانتهاء أثره الوقتي بوقف تنفيذ قرار الفصل وأداء التعويض المؤقت للعامل يكون من حق رب العمل استرداد ما سبق أن قبضه العامل من تعويض مؤقت ، وقد قضت محكمة النقض بأن **" إذ كان يترتب على صدور الحكم برفض دعوى العامل بالتعويض موضوعا ، انتهاء أثر الحكم الوقتي بوقف تنفيذ قرار الفصل وأداء التعويض المؤقت له وبالتالي يكون من حق رب العمل استرداد ما سبق أن قبضه العامل من تعويض مؤقت لزوال سببه بثبوت عدم توافر أركان المسئولية العقدية في جانب رب العمل ، ولما هو مقرر من أنه يجوز للموفى استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق تطبيقا لحكم المادة ١٨٢ من القانون المدني . لما كان ذلك ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٤/٥)**
- وكذلك يجوز للزوج استرداد ما أخذته زوجته من نفقة بدون وجه حق ، فقد قضت محكمة النقض بأن **"متى قضى بحكم حائز لقوة الأمر المقضي بزوال سبب التزام الزوج بأداء النفقة التي تعهد بأدائها فإن مؤدى ذلك أن تلتزم الطاعنة (الزوجة) برد ما قبضته تنفيذا لحكم النفقة لأن وفاء المطعون ضده بهذه المبالغ يعتبر بعد زوال سبب التزامه وفاء بما ليس مستحقا ولا يفترض فيه التبرع إذا لم يكن هذا الوفاء عن اختيار وإنما عن إكراه وتحت تأثير أوامر الأداء الصادرة بهذه النفقة بالنفاذ المعجل " (الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٣)**

- وكذلك يجوز لرب العمل المطالبة بالمبلغ الزائد في مكافأة نهاية الخدمة ، فقد قضت محكمة النقض بأن " **متى كان استناد الطاعنة الى المادة ١٨٢ من القانون المدني يفتقر الى الدليل على أن سبب التزامها قد زال – بصدور القانون رقم ٢٢٧ لسنة ١٩٥٩ – بعد أن كانت قد أوفت الى المطعون ضده بالمبلغ الزائد في مكافأة نهاية الخدمة الذي تطالبه برده ذلك أن الثابت من أوراق الطعن أن الطاعنة قد قدمت صورة طبق الأصل من المخالصة التي تسلم المطعون ضده بمقتضاها مستحقاته ، وهى صورة غير موقعة منه ولا تحمل تاريخا ، وإذ لم يثبت أن الوفاء قد تم قبل زوال سببه فإن استناد الطاعنة الى المادة ١٨٢ المشار إليها يكون على غير أساس** "

(الطعن رقم ٤٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/٨)

﴿ المـــادة ١٨٣ ﴾

" يصح كذلك استرداد غير المستحق ، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً ولم يحل أجله وكان الموفي جاهلاً قيام الأجل.

على أنه يجوز للدائن أن يقتصر علي رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً ، التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٨٤ ، السوري م١٨٤ ، الليبي م١٨٦ ، العراقي م٢٣٥ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أن يدفع ما ليس مستحقا عليه من وجه ، فإذا تم الدفع من جراء غلطه ، أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وعلى هذا الأساس يلتزم دينه قبل حلول الأجل برد ما قبض ، ومع ذلك فيجوز له أن يختار بين مقتضى هذا الالتزام وبين الاجتزاء برد ما يثرى به من جراء التعجيل بالوفاء ، دون أن يجاوز ذلك قدر ما لحق المدين من ضرر ، فيحق مثلا لمقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، أن يطالب الدائن إذا لم يشأ أن يرد البناء الذي تسلمه الى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين : قيمة النفقات التي قدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء خلال الأشهر الستة ، فإذا كان الدين عجل به الوفاء به مبلغا من النقود ، ولم ير الدائن أن يرده الى المدين ، على أن يؤدي إليه عند حلول الأجل ، كان للمدين أن يطالب بما يغل المدين من فائدة ، بحسب السعر المتفق عليه أو بحسب السعر المقرر في القانون ، إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن .

《 الشـــــرح 》

يكون الالتزام غير منجز أيضا إذا كان مضافا الى أجل لم يحل ، فإذا وفى به المدين جاهلا قيام الأجل ، حتى لا يفهم من وفائه مع العلم بالأجل أنه يقصد النزول عن هذا الأجل (إن كان لمصلحته) إن وفى المدين جاهلا قيام الأجل جاز له استرداد ما وفاه ، وهذا هو ما تقرره المادة ١٨٣ مدني في فقرتها الأولى ، ولكن يلاحظ أن هذه المادة تقضي في فقرتها الثانية بأنه " يجوز للدائن (الموفى له قبل حلول أجل حقه) أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر ، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقودا التزام الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل " ، ففي هذه الحال يعفى القانون متلقى الوفاء من رد الوفاء المعجل ، ويقصر التزامه على رد ما استفاده من تعجيل الوفاء ، ونص على تقدير هذه الاستفادة في حال تلقي وفاء بمبلغ من النقود بأنه الفوائد القانونية (٤ أو ٥٪) إن لم يكن هناك اتفاق على سعر آخر (لا يجاوز ٧٪) والوفاء بالتزام قائم وواجب الوفاء ، قد يصبح وفاء بغير المستحق أى وفاء غير واجب ، إذا طرأت واقعة لاحقة على الوفاء تجعله كذلك ، كما لو كان الالتزام الموفى به ناشئا عن عقد ، ثم فسخ هذا العقد ، وترتب على الفسخ إرجاع المتعاقدين الى حالهما قبل التعاقد ، أو إذا ترتب زوال العقد على تحقق شرط فاسخ اقترن به العقد عند إبرامه ، وقد يكون الوفاء ، وقت إتمامه ، وفاء ظاهر الوجوب ، ثم يتبين بعد ذلك عدم وجوبه ، كما لو كان العقد الذي نشأ به الالتزام أبرم بتصرفات باطلة ، ووفى المتعاقد بالتزامه دون علم بالبطلان ، إذ يترتب على الحكم بالبطلان ، وانحلال العقد ، التزام كل من تلقى وفاء لالتزام ناشئ عن هذا العقد ، بأن يرد ما تلقاه . (الشرقاوي بند ١١٣)

《 المـــــادة ١٨٤ 》

"لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء عن غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من تأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم ، يلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء ".

《 التعليـــــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٤٤/٣ ، السوري م١٨٥ ، الليبي م١٨٧ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن **" إذا قام غير المدين بوفاء الدين ، معتقدا أنه ملزم بأدائه ، فمن حقه أن يسترد ما أدى ، وفقا للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكان الدائن**

حسن النية أم سيئها ، ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن بقسط من الرعاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بحقه ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به ، وإما من ناحية القانون ، بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقي ، وتقادم دعواه قبله تفريعا على ذلك ، فالحق أن المقارنة بين الغير الذي أدى دينا لم يكن ملزما بأدائه ، وبين الدائن حسن النية ، وقد تجرد من سند دينه معتقدا صحة الوفاء ، تنتهي دون شك الى توجيه ما ينبغي لصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب ، على أن الغير لا يظل محروما من حق الرجوع بما أداه ، فالمدين الحقيقي ، وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء ، يلتزم قبله بالتعويض ، وفقا لأحكام الإثراء بلا سبب ، وقد يخشى في حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها ، للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط ، وبذلك يكون التحايل قد هيأ للغير حق الرجوع على المدين ، ويلوح أنه ينبغي أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت في مثل هذه الحالة ، درءا لمثل هذا التحايل .

﴿ الشـــرح ﴾

- إذا كان المدفوع له حسن النية : يقصد بحسن النية اعتقاد الموفى به استحقاقه لما يتسلمه ، والأصل هو افتراض حسن النية ، فإن ادعى الموفى عكس ذلك وجب عليه إثبات ادعائه ، وإن جاز الإثبات بكافة الطرق لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية ، وتقدير حسن أو سوء نية الموفى له من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ، وقد جرى بهذا قضاء محكمة النقض ، غير أن الموفى له يعتبر دائما سيء النية من يوم رفع الدعوى عليه (م١٨٥/٣) ولما كان المدفوع الى الموفى له حسن النية قد يكون نقوداً أو أشياء مثلية ، كما قد يكون عيناً معينة بالذات .
- المدفوع نقود أو أشياء مثلية : إذا كان المدفوع نقوداً تعين على الموفى له ردها بمقدارها العددي دون اعتبار لتغير سعر العملة (م١٣٤) وإذا كان المدفوع أشياء مثلية وجب عليه رد مقدارها ، ولا يلزم الموفى له في الحالتين برد فوائد النقود أو ثمار الأشياء طالما كان حسن النية ، فإن أصبح سيء النية – وهو دائما سيء النية من يوم رفع الدعوى عليه – وجب عليه رد الفوائد والثمار من ذلك اليوم. (سلطان ، مرجع سابق)
- المدفوع عين معينة بالذات : إذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات سواء في ذلك أكانت من المنقولات أم من العقارات ، كان للموفى استردادها إما بدعوى الاستحقاق وهى دعوى عينية ، وإما بدعوى غير المستحق وهى دعوى شخصية ، والدعوى الأخيرة هى موضوع البحث ، أما الثمار فإن الموفى له يتملكها بالقبض الى اليوم الذي يصبح فيه سيء النية أو الى يوم رفع الدعوى ، وإلى هذا الحكم أشارت المادة ١٨٥ ، كما نصت عليه صراحة المادة ٩٧٨ بقولها " ١- يكسب الحائز ما

يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢- والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً " ، وإذا اتفق الموفى له مصروفات على العين وجب التمييز في الحكم بين أنواعها : ذلك أن المصروفات الضرورية تسترد بأكملها ، والمصروفات النافعة يخير الموفى بالنسبة لها بين دفع ما أنفقه الموفى به مت مصاريف وبين دفع ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات ، إلا إذا طلب الموفى له نزع ما استحدثه ، والمصروفات الكمالية لا رجوع بها على الموفى ، ولكن الموفى له نزع ما استحدثه منها بشرط إعادة العين الى حالتها الأولى ، إلا إذا رأى الموفى استبقاءها مع دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، وإلى هذه الأحكام أشارت المادة ٩٨٠ . (سلطان بند ٤٥٥)

- هلاك أو تلف العين أو خروجها من يد الموفى له : قد يحدث أن تهلك العين أو تتلف وهى في يد الموفى له ، كما قد يحدث ـن تخرج من حيازته ، فما الحكم في كل هاتين الحالتين ؟ الأصل أن الموفى له حسن النية ، ولذا لا يسأل عن هلاك أو تلف العين إلا إذا وقع بخطأ منه ، وعلى الموفى إثبات ذلك . أما حيث ينتفي الخطأ ، وحيث ينتفع الموفى له بالعين الانتفاع العادي وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا مسئولية عليه إذا هلكت العين أو تلفت ، ولا رجوع للموفى عليه إلا إذا كان قد استفاد من هذا الهلاك أو التلف وبقدر ما أفاد منه ، كما لو استعمل أنقاض منزل في منزل آخر ، كل هذا مع ملاحظة أن للموفى دائماً استرداد العين بالصورة التي هى عليها بعد التلف ، وجميع الأحكام السابقة مستفادة من المادة ٩٨٣ ، هذا عن حالة هلاك أو تلف العين ، أما عن حالة خروجها من يد الموفى له ، أى تصرفه فيها ، فنفرق في الحكم بين علاقة الموفى والموفى له ، وعلاقة الموفى بالغير ، ففيما يتعلق بعلاقة الموفى بالموفى له ، يلتزم الموفى له إذا كان قد تصرف في العين بعوض بأن يرد للموفى قدر العوض الذي أخذه ، أما إذا كان قد تصرف في العين بغير عوض فلا يلزم برد شئ ما ، وفيما يتعلق بعلاقة الموفى بالغير ، لا ينفذ التصرف الصادر الى الغير من الموفى له في مواجهة الموفى لأنه تصرف صادر من غير مالك ، وعلى ذلك يجوز للموفى استرداد العين من تحت يد الغير بدعوى الاستحقاق ، إلا أن يكون الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر من أسباب اكتساب الملكية كالحيازة بحسن نية في المنقول أو التقادم في العقار ، ولن يضار الموفى في الحالة الأخيرة إذا كان التصرف الصادر الى الغير بعوض لأنه سيسترد هذا العوض من الموفى له ، أما إذا كان التصرف بغير عوض فسيتحقق الضرر ، لأنه لا رجوع له على الموفى له بدعوى غير المستحق لأن الموفى له شخص حسن النية وقد صدر منه التصرف بطريق التبرع ، ولا رجوع له كذلك بدعوى الإثراء بلا سبب على الغير لأن لهذا الإثراء سبب وهو التبرع الصادر الى الغير وهذا الحكم تمليه القواعد العامة وإن كان فيه مجافاة للعدالة . (سلطان بند ٤٥٦ ، السنهوري ، مرجع سابق ، مرقص بند ١٩٦)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " مفاد المادتين ٩٧٨ ، ٩٧٩ من القانون المدني ، أنه يتعين التفريق بين الحائز حين النية والحائز سيء النية عند بحث تملك ثمار العين التي يضع يده عليها ، فإن لكل حكماً ، فالثمرة وهى الريع تكون واجبة الرد إذا كان أخذها حائزاً ســيء النية ، أما إذا كان أخذها حائزاً للعين واقترنت حيازته بحســن نية فلا برد للثمار ، وهو يكون كذلك – على ما تقضــي به المادة ٩٦٥ مدني – إذا كان جهلاً بما يشـوب حيازته من عيوب ، فإن علم بها أو رفعت عليه الدعوى سـواء بأصل الحق أو المطالبة بالثمار فإنه يصبح سيء النية ويلتزم من هذا التاريخ برد الثمار ، وهو ما تقضي به المادتان ١٨٥ ، ٩٦٦ من ذات القانون ، وإذ كان ذلك ، وكانت الطاعنة قد تمســكت في دفاعها بأن وضع يدها على أطيان النزاع كان بطريق الاستيلاء تحت يد زوجة شقيق المطعون ضده – الخاضعة للقانون ٥٠ لســنة ١٩٦٩ – والتي أقرت بملكيتها لها ، وكان مؤدى هذا الدفاع حســن نيتها كحائزة للأطيان وما يترتب على ذلك من عدم التزامها برد ثمارها ، وكان الحكم المطعون فيه قد ألزمها بالريع بوصفها غاصبة من تاريخ الاستيلاء حتى التسليم الفعلي للمطعون ضده ، دون أن يتفهم حقيقة دفاعها ومرماه ، مما حجبه عن استظهار ما إذا كانت وقت الاستيلاء على الأطيان جاهلة ما يشوب حيازتها من عيب لعدم ملكية المســتولى لديه لها ، وما إذا كان حســن نيتها قد زايلها بمطالبة المطعون ضـده إياها باســترداد أرضــه ، وأثر ذلك كله على التزامها برد الثمار " (الطعن رقم ١٦٨٢ لســنة ٦٦ق جلســة ١٩٩٨/١٢/٣٠) وبأنه " تطبيق المادتين ١٤٥ ، ١٤٦ من القانون المدين (قديم) يقتضــي حتما التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته فإن لكل حكما ، إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان أخذ الشــيء قد أخذه بســوء نية طالما أنه لا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إياه قد وقع بســلامة نية دون علمه بعدم اســتحقاقه له فلا رد للثمرة ، فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم هى أن زيدا كان يعتبر نفسه مستحقا في وقف كذا وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد ويعتقده معه ناظر الوقف وباقي المستحقين اعتقادهم جميعا سليمو النية فيه واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقف حتى جاء بكر فادعى الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعي نهائي لمصلحته ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيدا أن يرد ما أخذه من غلة الوقف في الســنين الماضـية التي اسـتولى بها على هذه الغلة ، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصـل الاسـتحقاق ذلك الحق العيني الذي كان واضـعاً يده عليه بواسـطة الوقف ، وأن المال الذي كان يقبضـه ســنوياً إنما هو الثمرة الناتجة عن ذلك الحق العيني الذي أخذه بدون وجه حق ، وإذن فالشــيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ هو أصل الاستحقاق في الوقف أى حق الانتفاع بالعين وهو ما حصل رده تنفيذا للحكم الشـرعي أما الثمرة وهى الريع الذي كان يقبضــه فغير واجب ردها مادام أخذه أصـل

الحق المنتج لها ووضــع يده عليها كان بسـلامة نية " (١٩٣٥/٥/٢٣ – مجموعة القواعد القانونية – ٤٧ – ١٢٢٣)

- وإذا كان المدفوع له سيء النية :
- القاعدة العامة في شأن الموفى له سيء النية : إذا كان الموفى له سيء النية ، وعلى الموفى إثبات ذلك ، تعين إعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل دفع غير المســتحق ، سـواء أكان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أم كان عيناً معينة بالذات .
- المدفوع نقود أو أشـــياء مثلية : إذا كان المدفوع نقوداً وجب على الموفى له أن يرد مقدار ما تســلمه مع تعويض الموفى عن تغير ســعر العملة ، وإذا كان المدفوع أشــياء مثلية وجب عليه رد مقدارها ، وفي الحالتين يلوم الموفى له بفوائد وثمرات المدفوع لأنه شيء النية ، وعلى هذا الحكم نصـت المادة ٢/١٨٥ بقولها " أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضـاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية . (سلطان بند ٥٥٨)
- المدفوع عين معية بالذات : يلزم الموفى له سيء النية برد العين التي تسـلمها إذا كانت لا تزال قائمة ، كما يلتزم أيضاً برد الثمار التي قبضها عملاً بحكم المادة ٩٧٩ التي تقرر أنه " يكون الحائز سيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها غير أنه يجوز أني سترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار " ، أما المصـروفات التي صـرفها على العين ، فإن كانت ضــرورية اســتردها بأكملها (م١/٩٨٠) وإن كانت نافعة خير الموفى بين طلب إزالة ما استحدثه الموفى له منها وبين طلب استبقائها مع دفع أقل القيمتين ، قيمتها مستحقة الإزالة أو ما زاد في قيمة العين بسـبب اسـتحداثها (م٢/٩٨٠ و٩٢٤) وإن كانت كمالية فلا يرجع بشـيء على الموفى ، وإذ كان له أن ينزع من العين ما اسـتحدثه منها على أن يعيدها الى حالتها الأولى ، إلا إذا اختار الموفى أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة (م٣/٩٨٠) .
- هلاك أو تلف العين أو خروجـها من يد الموفى له : إذا هلكت العين أو تلفت وهى في يد الموفى له ســيء النية كان مســئولاً عن هذا الهلاك أو التلف ولو كان راجعاً الى القوة القاهرة ، ولا يقبله من هذه المســئولية إلا إثبات أن العين كانت تهلك أو تتلف ولو كانت باقية في يد الموفى ، وعلى هذا الحكم نصــت المادة ٩٨٤ بقولها " إذا كان الحائز ســيء النية فإنه يكون مســئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه " ، والتزام الموفى له في حالة هلاك أو تلف أو ضـياع العين يكون برد قيمتها وقت الهلاك (أو ما في حكمه) كل هذا دون إخلال بحق الموفى واســترداد العين تالفة مع تعويضه عن التلف الحادث ، وإذا خرجت العين من يد الموفى له بأن تصرف فيها ، وجب عليه ردها استرجاعها من الغير المتصرف إليه ، فإن لم يستطيع تعين عليه رد قيمة العين التصرف

أو العوض الذي أخذه وفقاً لما يختاره الموفى ، وذلك بفرض التصـــرف تم بعوض ، فإن كان بغير عوض فليس أمام الموفى إلا الرجوع بقيمتها ، هذا عن العلاقة بين الموفى والموفى له ، أما عن العلاقة بين الموفى والغير ، فيستطيع الموفى استرداد العين من تحت يد الغير بدعوى الاستحقاق ، إلا إذا كان الغير قد كســب ملكية العين بســبب آخر كالحيازة في المنقول أو التقادم في العقار . (راجع في كل ما سبق سلطان بند ٥٥٧ وما بعدها ، السنهوري بند ٨٤١ ، مرقص ، مرجع سابق بند ٥٦ ، الشرقاوي بند ١٣٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان قانون التجارة المصري قد خلا من قواعد خاصة تنظم الآثار التي تترتب على الحكم ببطلان التصـــرفات الصـــادرة من المدين المفلس في فترة الريبة فإنه لا مناص من الرجوع في شأنها الى القواعد العامة في القانون المدني ، وإذ كان مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من القانون المدني " أن الدائن سيء النية الذي يتسلم غير المستحق يلتزم بالإضافة الى رد ما تســلمه ، بدفع فوائده محســوبة على أســاس الســعر القانوني من يوم الوفاء لا من يوم المطالبة القضائية " لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده بصفته استصدر ضد البنك الطاعن حكماً نهائياً في الدعوى رقم ..... إفلاس القاهرة ببطلان تظهير السـندات الإذنية الحاصـل من المدين المفلس للبنك المذكور استناداً الى صدور هذا التصرف من المدين في فترة الريبة وسوء نية البنك وقتها ثم استصـدر المطعون ضـده بصـفته حكماً نهائياً آخر ضـد البنك الطاعن في الدعوى رقم ..... إفلاس جنوب القاهرة بإلزامه برد ما قبضه من المبالغ بالسندات الإذنية المشار إليها ، فإنه يجوز للمطعون ضده بصفته أن يطلب – بالإضافة الى رد تلك المبالغ – فوائدها محسوبة على أساس السعر القانوني من يوم قيام البنك المذكور بقبضـها من المدينين بها واعتباره وقتها كان سـيء النية " (الطعن رقم ١٣٢١ لسـنة ٥٣ق جلسـة ١٩٨٨/٢/٢٩) وبأنه " الحائز وإن كان سـيء النية من الوقت الذي يعلم فيه بعيوب يند حيازته وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه بذلك في صـــحيفة الدعوى تطبيقا لنص المادتين ٣/١٨٥ ، ٢/٩٦٦ من القانون المدني ، إلا أنه إذا ما انتهت هذه الدعوى بالحكم بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانوني فإن الأثر المسـتمد من إعلان صـحيفتها يزول ولا يعتد به في مقام إثبات سـوء النية " (الطعنان رقما ٢٧٧ ، ٢٨٢ سنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٠) وبأنه " أنه وإن كان قرار لجنة الطعن المنصوص عليها في المـادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لســـنة ١٩٣٩ يعتبر وفقاً للمـادتين ٥٣ و١٠١ من هـذا القانون من القرارات الجائز تنفيذها مؤقتاً ولو طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية إلا أن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتاً يجرى على مسئولية طالب التنفيذ لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصـة للمحكوم له إن شـاء انتفع بها وإن شـاء تريث حتى يحوز الحكم أو القرار قوة الشـيء المحكوم فيه ، فإذا اختار اسـتعمال هذه الرخصـة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للإلغاء إذا ما

طعن فيه فإنه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ ، فإذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ بناء وجب على طالب التنفيذ بعد أن ثبت الحق ليس في جانبه أن يرد الى خصـــمه الذي جرى التنفيذ ضـــده ما يكون قد استوفاه منه أن يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل حصول التنفيذ ، كما يلتزم بتعويض الضرر الذي لحق هذا الخصـــم من جراء ذلك وتبعاً لذلك يرد إليه الثمار التي حرم منها ، ويعتبر الخصـــم ســيء النية في حكم المادتين ١/١٨٥ و٩٧٨ من القانون المدني منذ إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المنفذ به لأن هذا الإعلان يتضمن معنى التكليف بالحضور لسماع الحكم بإلغاء القرار أو الحكم المطعون فيه فيعتبر بمثابة إعلان للحائز بعيوب حيازته مما يزول به حســن نيته طبقاً للمادة ٩٦٦ من القانون المدني ، ولما كانت مصلحة الضرائب قد أعلنت بالطعن في قرار لجنة الطعن قبل أن تباشر إجراءات التنفيذ الإداري على عقار المطعون ضده وأنه قضى في هذا الطعن بتخفيض الضريبة المستحقة على المطعون ضده فإنها تعتبر سيء النية بالنسبة لما قبضته من ثمار ذلك العقار من تاريخ وضع يدها عليه بعد أن رسا مزاده عليها ، وتلتزم لذلك بريعه عن المدة من تاريخ هذا الاستلام الى تاريخ رده الى المطعون ضده وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى هذه النتيجة فإنه لا يكون مخالفاً للقانون " (الطعن رقم ١١٤ لســنة ٣٥ق جلســة ١٩٦٩/٣/٢٧) وبأنه " الأصــل أن الفوائد لا تكون مســتحقة إلا من يوم المطالبة الرســمية ولكن المادة ١٤٦ من القانون المدني (قديم) قد نصــت خلافاً لهذا الأصــل ، على إلزام من يأخذ مبلغاً وهو عالم بعدم استحقاقه إياه بفوائده من يوم تسلمه له ، وإذن فلا مخالفة للقانون في القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش فوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها " (١٩٤٠/٥/٩ – مجموعة القواعد القانونية – ٢٦٧) وبأنه " القانون المدني إذ نص في المادة ١٤٥ (قديم وهى مقابلة للمادة ١٨١) على أن من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده ، وهذا نص عام يشمل كل مبلغ مدفوع لغير مستحقه فيدخل تحته المدفوع زائداً عن الفائدة الجائز الاتفاق عليها ، وإذ نص في المادة ١٤٦ (قديم وهى مقابلة للمادة ١٨٥) على إلزام الأخذ بفوائد ما أخذ إذا أخذ مع علمه بعدم اســـتحقاقه إياه إذ نص على هذا وذاك فإنه يكون قد أوجب على الأخذ أن يرد ما أخذه في الحال ، وأن يكون المبلغ المدفوع زائداً على الفائدة القانونية ديناً لمن دفعه على من قبضـــه مســـتحق الأداء يوم قبضـــه ، ومن ثم تحصـــل به المقاصـــة يومئذ بحكم القانون " (١٩٤٥/٥/١٧ – مجموعة القواعد القانونية – ٥٥ – ٢٦٦) وبأنه " يدل نص المادة ١٨٥ من القانون المدني على أن المشـــرع قد أوجب على من تسلم غير المستحق رد ما حصل عليه مضافاً إليه الفوائد متى كان ســيء النية وقد اعتبره المشـرع كذلك من الوقت الذي ترفع عليه دعوى رد غير المســتحق " (الطعن رقم ٨٩٩ لســنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٤/٣)

﴿ المــــادة ١٨٥ ﴾

"(١) إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .

(٢) أما إذا كان سيئ النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصـر في جنيها من الشـيء الذي تسـلمه بغير حق ، ذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية .

(٣) وعلي أي حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوي ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، السوري م١٨٦ ، الليبي م١٨٨ ، العراقي م٢/٢٣٣ ، اللبناني م١٤٢و١٤٦ .

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي بأن " .... **وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب ، وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق ، فيراعي أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يثرى به المدين في ذمته المالية ، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصي وعلى النقيض من ذلك لا يترتب على دفع غير المســـتحق انتقال ملك ما يؤدي دون حق الى المدين ودخوله ف ذمته ، ذلك أن هذا الوفاء وهو قابل للبطلان بحكم الحال ، لا يكون من شأنه نقل الملك ، فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصي بل بمقتضى استحقاق الغير له " .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- إذا كان المدفوع له حسـن النية : **إذا كان المدفوع له حسـن النية يكتسـب الثمار بالقبض حتى تاريخ رفع دعوى الاسـترداد عليه ، سـواء كان المدفوع له عينا معينة بالذات أو كان نقودا أو أشـياء مثلية وذلك عملا بالمادة ٩٧٥ مدني ، أما المصروفات التي أنفقها على العين فيسري عليها حكم المادة ٩٨٠ . (الشرقاوي بند ١٣٠ ، السنهوري بند ٨٣٨ ، الصدة بند ٥٣٥ وما بعدها)**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " **مفاد المادتين ٩٧٨ ، ٩٧٩ من القانون المدني ، أنه يتعين التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سيء النية عند بحث تملك ثمار العين النى يضع يده عليها ، فإن لكل حكما ، فالثمرة وهى الريع تكون واجبة الرد إذا كان آخذها ســيء النية ، أما إذا كان آخذها حائزا للعين واقترنت حيازته بحســن نية فلا رد للثمار ، وهو يكون كذلك – على ما تقضــي به المادة ٩٦٥ مدني – إذا كان جاهلا بما يشوب حيازته من عيوب ، فإن علم بها أو رفعت عليه الدعوى سواء بأصل الحق أو المطالبة بالثمار فإنه يصــبح ســيء النية ويلتزم من هذا التاريخ برد الثمار ، وهو ما تقضــي به**

المادتان ١٨٥ ، ٩٦٦ من ذات القانون ، وإذ كان ذلك ، وكانت الطاعنة قد تمسكت في دفاعها بأن وضع يدها على أطيان النزاع كان بطريق الاستيلاء تحت يد زوجة شقيق المطعون ضده – الخاضعة حسن نيتها كحائزة للأطيان وما يترتب على ذلك من عدم التزامها برد ثمارها ، وكان الحكم المطعون فيه قد ألزمها بالريع بوصفها غاصبة من تاريخ الاستيلاء حتى التسليم الفعلي للمطعون ضده ، دون أن يتفهم حقيقة دفاعها ومرماه ، مما حجبه عن استظهار ما إذا كانت وقت الاستيلاء على الأطيان جاهلة ما يشوب حيازتها من عيب لعدم ملكية المستولى لديه لها ، وما إذا كان حسن نيتها قد زايلها بمطالبة المطعون ضده إياها باسترداد أرضه ، وأثر ذلك كله على التزامها برد الثمار " (الطعن رقم ١٦٨٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/١٢/٣٠)

- إذا كان المدفوع له سيء النية : والمدفوع له يعتبر سيء النية من تاريخ علمه بأن ما تسلمه غير مستحق له أو من إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المشمول بالنفاذ المعجل والذي استوفى المال المطلوب استرداده نفاذا له (الشرقاوي بند ١٣٠ ، السنهوري بند ٨٤١ وما بعدها ، الصدة بند ٥٦٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان قانون التجارة المصري قد خلا من قواعد خاصة تنظم الآثار التي تترتب على الحكم ببطلان التصرفات الصادرة من المدين المفلس في فترة الريبة فإنه لا مناص من الرجوع في شأنها الى القواعد العامة في القانون المدني ، وإذ كان مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ من القانون المدني " أن الدائن سيء النية الذي يتسلم غير المستحق يلتزم بالإضافة الى رد ما تسلمه ، بدفع فوائده محسوبة على أساس السعر القانوني من يوم الوفاء لا من يوم المطالبة القضائية" . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده بصفته استصدر ضد البنك الطاعن حكما نهائيا في الدعوى رقم ..... لإفلاس القاهرة ببطلان تظهير السندات الإذنية الحاصل من المدين المفلس للبنك المذكور استنادا الى صدور هذا التصرف من المدين في فترة الريبة وسوء نية البنك وقتها ثم استصدر المطعون ضده بصفته حكما نهائيا آخر ضد البنك الطاعن في الدعوى رقم .... إفلاس جنوب القاهرة بإلزامه برد ما قبضه من المبالغ بالسندات الإذنية المشار إليها ، فإنه يجوز للمطعزن ضده بصفته أن يطلب – بالإضافة الى رد تلك المبالغ – فوائدها محسوبة على أساس السعر القانوني من يوم قيام البنك المذكور بقبضها من المدينين بها باعتباره وقتها كان سيء النية " (الطعن رقم ١٣٢١ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٩) وبأنه "يدل نص المادة ١٨٥ من القانون المدني على أن المشرع قد أوجب على من تسلم غير المستحق رد ما حصل عليه مضافا إليه الفوائد متى كان سيء النية وقد اعتبره المشرع كذلك من الوقت الذي ترفع عليه دعوى رد غير المستحق" (الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٤/٣) وبأنه " أنه وإن كان قرار لجنة الطعن المنصوص عليها في المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ يعتبر وفقا للمادتين ٥٣و١٠١ من هذا القانون من القرارات الجائز تنفيذها مؤقتا ولو طعن فيه أمام المحكمة الابتدائية إلا أن تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا يجري

على مسئولية طالب التنفيذ لأن إباحة تنفيذها قبل أن تصبح نهائية هو مجرد رخصة للمحكوم له إن شاء انتفع بها وإن شـاء تريث حتى يحوز الحكم أو القرار قوة الشـيء المحكوم فيه ، فإذا اختار اسـتعمال هذه الرخصـة وأقدم على تنفيذه وهو يعلم أنه معرض للإلغاء إذا ما طعن فيه فإنه يتحمل مخاطر هذا التنفيذ ، فإذا ألغى الحكم أو القرار المنفذ به بناء على الطعن فيه وجب على طالب التنفيذ بعد أن ثبت أن الحق ليس في جانبه أن يرد الى خصـمه الذي جرى التنفيذ ضـده ما يكون قد اسـتوفاه منه وأن يعيد الحال الى ما كانت عليه قبل حصـول التنفيذ ، كما يلتزم بتعويض الضـرر الذي لحق هذا الخصـم من جراء ذلك التنفيذ وتبعا لذلك يرد إليه الثمار التي حرم منها ، ويعتبر الخصـم سـيء النية في حكم المادتين ١٨٥/١ و٩٧٨ من القانون المدني منذ إعلانه بالطعن في الحكم أو القرار المنفذ به لأن هذا الإعلان يتضـمن معنى التكليف بالحضـور لسـماع الحكم بإلغاء القرار أو الحكم المطعون فيه فيعتبر بمثابة إعلان للحائز بعيوب حيازته مما يزول به حسـن نيته طبقا للمادة ٩٦٦ من القانون المدني ، ولما كانت مصلحة الضرائب قد أعلنت بالطعن في قرار لجنة الطعن قبل أن تباشر إجراءات التنفيذ الإداري على عقار المطعون ضـده وأنه قضـى في هذا الطعن بتخفيض الضـريبة المسـتحقة على المطعون ضـده فإنها تعتبر سـيئة النية بالنسـبة لما قبضـته من ثمار ذلك العقار من تاريخ وضـع يدها عليه بعد أن رسـا مزاده عليها ، وتلتزم لذلك بريعه عن المدة من تاريخ هذا الاستلام الى تاريخ رده الى المطعون ضده وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى هذه النتيجة فإنه لا يكون مخالفا للقانون " (الطعن رقم ١١٤ لسـنة ٣٥ق جلسـة ١٩٦٩/٣/٢٧) وبأنه " الحائز وإن كان يعد سـيء النية من الوقت الذي يعلم فيه بعيوب سـند حيازته وهو يعتبر كذلك من تاريخ إعلانه بذلك في صـحيفة الدعوى تطبيقا لنص المادتين ١٨٥/٣ ، ٩٦٦/٢ من القانون المدني ، إلا أنه إذا ما انتهت هذه الدعوى بالحكم بعدم قبولها لرفعها بغير الطريق القانوني فإن الأثر المستمد من إعلان صحيفتها يزول ولا يعتد به في مقام إثبات سوء النية " (الطعنان رقما ٢٧٧ ، ٢٨٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٠)

﴿ المـــادة ١٨٦ ﴾

" إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسـلم غير المسـتحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي أثرى به ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصـوص المواد العربية ، السـوري م١٧٨ ، العراقي م٢٣٤ ، السـوري م١٧٨ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " لا يشترط للالتزام برد ما تسلم بغير حق أن يكون المدين أهلاً للتعاقد ، ذلك أنه لا يلتزم التزاما إراديا ، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقا له ، ولكن إذا كان من تسلم الشيء غير كامل الأهلية ، فلا يكون التزامه والتزام كامل

الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء ، فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربى على قيمة ما أثرى به بوجه خاص في حالة ضياع الشئ ، وحالة التصرف فيه بسوء نية . أما ناقص الأهلية ، فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سيء النية ، ولا يلزم بشيء ما إذا فقد ما تسلمه بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عينا أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية ، وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة ، حالة تسلم ناقص الأهلية لشيء معين بالذات فهو يلزم برده عينا مادام قائما ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل في ذمته .

﴿ الشـــرح ﴾

- التزام ناقص الأهلية برد غير المستحق : الأصل ألا أثر لأهلية المثرى على مدى التزامه بالرد ، لأنه لا يلتزم التزاما إراديا ، بل يقوم التزامه برد ما أدى إليه على واقعة تسلمه ، ما لم يكن مستحقا له ، غير أن المشرع خرج على هذه القاعدة بالنسبة لناقص الأهلية فقرر في المادة ١٨٦ أنه " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي أثرى به " ، وبذلك أهدر المشرع خاصية تعادل قيمتى الإثراء والافتقار التي يتميز بها دفع غير المستحق ، لأن من شأن هذا الحكم الخاص إلا رجوع للموفى له ناقص الأهلية إلا بما عاد على الأخير من نفع فعلي ، ولو كان وقت تسلمه غير المستحق له سيء النية ، وينبني على ذلك أنه إذا كان المدفوع عينا معينة بالذات وهلكت أو تلفت أو ضاعت بغير خطأ من الموفى له ، فلا يكون ملزما بشيء قبل الموفى ولو كان سيء النية ، أما إذا هلكت أو تلفت بخطئه فإنه يسأل عن ذلك على أساس العمل غير المشروع ، وإذا تصرف الموفى له ناقص الأهلية في العين بطريق التبرع ، فلا رجوع للموفى عليه بشيء ولو كان سيء النية لأنه لم ينتفع بالعين ، ويعتبر من قبيل انتفاع الموفى له ناقص الأهلية بالمدفوع ، أن يوفى به دينا عليه ، أو أن يشتري به شيئا نافعا ولو نقصت قيمته فيما بعد أو ينفقه في ترميم عقاره . (سلطان بند ٥٦٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدني على أن ناقص الأهلية لا يلزم – إذ أبطل العقد لنقص أهليته – أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، بما يعني أن الرد في هذه الحالة لا يكون واجب إلا وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها أنه إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلك غير المستحق فلا يكون ملتزما إلا بالقدر الذي أثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المشترى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحته " (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥) وبأنه " عبء الإثبات في بيان ناقص الأهلية قد أثرى وفي تقدير مدى إثرائه يقع على الدفع الذي يطلب رد ما دفع ، فإن عجز عن

الإثبات كان ذلك موجبا في ذاته لرفض طلبه" (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٥) وبأنه " نيابة الولى عن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به الى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولى هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة الى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها " (الطعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)

﴿ المادة ١٨٧ ﴾

" تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد ، وتسقط الدعوي كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، العراقي م٢٤٤ ، السوري م١٨٨ ، الليبي م١٩٠ .

﴿ الشـــرح ﴾

- سقوط دعوى استرداد غير المستحق : دعوى استرداد غير المستحق تتقادم بأقصر الأجلين: ١- ثلاث سنوات تسري من اليوم الذي يعلم فيه الموفى بحقه في الاسترداد ، أى من اليوم الذي يعلم فيه أنه دفع دينا غير مستحق عليه ، وعادة لا يبدأ هذا التقادم إلا بعد انقضاء مدة من تاريخ الوفاء ، قصرت هذه المدة أم طالت غير أنه إذا تم الوفاء تحت تأثير الإكراه أو كان الموفى ناقص الأهلية فإن هذا التقادم القصير يبدأ من تاريخ الوفاء ، لأنه من هذا التاريخ يعلم الموفى بحقه في الاسترداد . ٢- خمس عشرة سنة من يوم نشوء الالتزام أى من يوم دفع غير المستحق والغالب أن تتقادم الدعوى بمضى المدة القصيرة ، غير أنه قد يحدث أن تتقادم بمضى المدة الطويلة ، وذلك إذا كان الباقي من المدة الأخيرة بأقل من المدة القصيرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان الواقع الثابت في الدعوى أن مكتب الشهر العقاري بالجيزة حصل المبلغ المطالب برده من المطعون عليه باعتباره فرق رسم نسبي تبرع نفاذا لتعليمات مصلحة الشهر العقاري السارية في ١٩٧٨/٥/١١ فإنه يكون قد حصله بحق استنادا الى تلك التعليمات وذلك الى أن صدر قرار آخر من المصلحة رقم ٣ لسنة ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٥/١٥ وحتى رفع الدعوى بتاريخ ١٩٨٥/١/٢٢ فإن الحق في طلب استرداد المبلغ موضوع التداعي لا يكون قد سقط بالتقادم وإذ قضى الحكم المطعون فيه برفض الدفع بالتقادم يكون قد انتهى الى النتيجة الصحيحة في القانون " (الطعن رقم ٧٣٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/٣)

وقد قضت أيضاً بأن " المقرر أنه إذا كان المبلغ المطالب برده تم تحصيله بحق باعتبار أنه مستحقا عند الوفاء به ثم صدر قانون أزال السبب الذي كان مصدرا له أصبح بقاءه تحت يد من حصله – بعد صدور هذا القانون – بغير سند وبحق للموفى استرداده باعتباره دينا عاديا يسقط الحق في اقتضائه بمدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٣٧٤ من القانون المدني " (طعنان رقما ١٧١٦ ، ١٨٦١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩) وبأنه " مفاد نص المادة ١٨٧ من القانون المدني أن الحق في الاسترداد يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر المدتين إما بانقضاء ثلاث سنوات تسري من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أى من يوم الوفاء به " (طعنان رقما ١٧١٦ ، ١٨٦١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩) وبأنه " النص في المادة ١٦٠

من القانون المدني على أنه إذا فسـخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " ، وفي المادة ١٨٢ منه على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سـببه أو لالتزام زال سـببه بعد أن تحقق ، وفي المادة ١٨٧ منه على أن تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد مفاده أن فسخ عقد البيع يترتب عليه انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيء الى ما كان عليه من قبل ، وأن حق البائع في استرداد المبيع من المشتري يقوم تبعا لذلك على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق ، ولا تكون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه في حالة استحالة رده كأثر من الآثار المترتبة على الفسخ ممكنا إلا بعد التقرير به بحكم نهائي إذ من هذا التاريخ يبدأ سـريان التقادم القصـير المنصـوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ١٠٣٨ لسـنة ٥٥ق جلسـة ١٩٩١/٣/٢٨) وبأنه " لما كان فريقا المطعون ضدهم – أولاً وثانياً – يؤسسون دعواهم بطلب رد الثمن الذي قبضته مصلحة الضرائب من مورثيهم المرحومين .... ومن خلفهما الخاص – المطعون ضده الأخير – مقابل إرساء مزاد بيع عقارين لمدينهما عليهم على أن التزام هؤلاء بدفع الثمن قد زال بزوال سببه وهو بطلان إجراءات التنفيذ الإداري بما في ذلك محضري رسو المزاد بموجب الحكم في الدعوى رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٨ مدني كلي الزقازيق ، وإذ لم يختصـموا في دعواهم المدين المنفذ ضـده ، وكان بطلان إجراءات الحجز الإداري العقاري يترتب عليه انحلال البيع الجبري الذي تم بالمزاد وزواله من وقت التنبيه بالأداء والإنذار بالحجز – شـأنه في ذلك شـأن البيع الاختياري الذي ينعطف أثر الحكم ببطلانه الى وقت انعقاده – مما يستتبع إلغاء الآثار المترتبة على رسو المزاد وإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التنبيه بالأداء وتعتبر ملكية العقار المبيع على ذمة المحجوز عليه ولم تنتقل الى الراسـي عليه المزاد ويكون للأخير أن يرجع على الجهة الحاجزة بالثمن الذي تسلمته لأن وفاءه به لها يعتبر بعد زال سببه وفاء بما ليس مستحقا ولما كانت الدعوى على هذه الصورة هى دعوى رد ما دفع بغير حق في إحدى حالاتها المنصوص عليها في المادة ١٨٢ من القانون المدني ، فإن هذه الدعوى تسقط طبقا للمادة ١٨٧ من القانون المدني – بانقضـاء ثلاث سـنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المسـتحق بحقه في الاسترداد " (الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/١٢/١٥) وبأنه " النص في المادة ١٨٧ من القانون المدني على أن " تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق " ، مقتضاه أن الحق في الاسترداد يسقط بالتقادم بانقضـاء أقصـر المدتين أما بانقضـاء ثلاث سـنوات تسـري من اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في

الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام أى من يوم الوفاء به " (الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠) وبأنه " متى كان الحق الذي نشأ عن قيان وزارة العدل بصرف المبلغ المطالب باسترداده – قيمة بدل طبيعة العمل ومنحة الإنتاج المنصرفة للطالب أثناء ندبه للعمل قاضيا بقطاع غزة – يسقط بمضى ثلاث سنوات من تاريخ علمها بحقها في استرداده طبقا للمادة ١٨٧ من القانون المدني ، وكانت الوزارة قد أقرت في مذكرتها بتحقق هذا العلم في ...... وإذ انقضت مدة تزيد على ثلاث سنوات من التاريخ المذكور ولم تتخذ الحكومة من جانبها إجراء قاطعا للتقادم فإن حقها في المطالبة بالمبلغ المذكور يكون قد سقط مما يتعين معه الحكم بعدم أحقيتها في استرداده ، أو خصم أى جزء من مرتب الطالب استيفاء له " (الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٦/٦) وبأنه " الجهل بالحق في استرداد ما دفع بغير حق لا يمنع من سريان التقادم ومن ثم فإن هذا الجهل لا يمكن أن يكون من الموانع التي يترتب عليها وقف التقادم بعد سريانه طبقا للمادة ٣٨٢ من القانون المدني " (الطعن رقم ٩٣ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤) وبأنه " متى كان موضوع الطعن صالحا للفصل فيه ، وكان قرار وزير الإصلاح الزراعي الصادر بإلغاء عقد تمليك الشركة البائعة للمطعون ضده قد صدر بتاريخ ١٩٥٩/٧/٢ فإن شهر محرر المطعون ضده يكون قد استحال من هذا التاريخ ومنه يبدأ تقادم حق المطعون ضده في استرداد الرسم وإذا كان المطعون ضده لم يطالب مصلحة الشهر العقاري باسترداد الرسم إلا بتاريخ ١٩٦٤/١٢/٢٦ فإنه يكون قد سقط بالتقادم طبقا لنص المادة ٢/٣٧٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ٦٦٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٢) وبأنه " الحق الذي نشأ عن قيام وزارة العدل بصرف مبالغ بدون وجه حق بعد إحالة قاضي الى المعاش لخطأ وقعت فيه نتيجة عدم تقديمه شهادة ميلاده ، يسقط بمضى ثلاث سنوات من وقت علمها بحقها في استرداد هذه المبالغ طبقا للمادة ١٨٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ١٩ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١) وبأنه " الدعوى بطلب تخفيض أجرة الأماكن الخاضعة للتشريعات الاستثنائية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مبناها بطلان الاتفاق على أجرة تزيد على الحد الأقصى المقرر قانونا فتتصل بالنظام العام ولا يعد سكوت المستأجر عنها نزولا عن الحق المطالب به لا صراحة ولا ضمنا وهى بهذه المثابة تختلف عن دعوى استرداد ما دفع زائدا عن الأجرة القانونية التي تنصب على مطالبة المستأجر بحق مالي يتمثل في فروق الأجرة التي دفعها زيادة عن الحد الأقصى للأجرة القانونية فلا تتعلق بالنظام العام وتسقط بكل عمل يستخلص منه نزولا عن هذا الحق – لما كان ذلك ، وكان يتعين رد أى مبلغ يزيد عن الحد الأقصى للأجرة طبقا للقواعد العامة في دفع غير المستحق – مما مقتضاه أن الحق في الاسترداد يسقط بالتقادم بانقضاء أقصر الأجلين بمضى ثلاث سنوات تسري من اليوم الذي يعلم فيه المستأجر بحقه في الاسترداد أو في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت دفع الأجرة وفقا للمادة

١٨٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ٧٦١ لسـنة ٦٣ق جلة ١٩٨٢/٦/٢٢) وبأنه " مفاد نص المادة ١٢٥ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ يدل على أن صاحب العمل الذي تستحق في ذمته اشتراكات عن عماله بمقتضى قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ إذا ما قام بسداد ما زيد على مستحقات الهيئة فإن حقه في استرداد المبالغ الزائدة يسقط بانقضاء سنتين من تاريخ الدفع . أما إذا كانت المبالغ المدفوعة كلها غير مستحقة أصلا فإن الحق في استردادها يسقط طبقا للمادة ١/١٨٧ من القانون المدني بمضى ثلاث سنوات على اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد ، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وجرى في قضائه على سقوط الحق في طلب استرداد المبالغ المتنازع عليها بمضى خمس عشرة سنة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٤٣٧ لسـنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٧) وبأنه " النص في المادة ١٨٧ من القانون المدني على أن " تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد " ، يدل على أن العلم بالحق في الاسترداد والذي يبدأ به سريان التقادم الثلاثي يستلزم تحقق عدم طالب الاسترداد بواقعة الدفع الحاصل من الغير ، وقد اعتبرت المحكمة رفع الطاعن لدعوى عدم الاعتداد بالحجز أو شطبها دليلا على علمه بحقه في الاسترداد وأجرت من ثم التقادم الثلاثي في حقه على هذا الأساس ، وكان مجرد رفع تلك الدعوى أو شطبها لا يدل بذاته على علم الطاعن بقيان البنك المحجوز لديه بدفع المبلغ المطلوب استرداده – الى مصلحة الضرائب الحاجزة – فإن الحكم يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال " (الطعن رقم ٧٠٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٣)

- استرداد الغرامة الجنائية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " تنص المادة ١٨٧ من القانون المدني على أن تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد وإذ كان الثابت من الحكم المطعون عليه ، وأنه بعد أن قام بدفعه صدر قرار رئيس الجمهورية بوقف تنفيذ هذه العقوبة فيكون المورث حين دفع هذا المبلغ تنفيذا للحكم الصادر في تلك القضية قد وفى بدين كان مستحقا عند الوفاء به ، ولما كان القرار المذكور ليس من شأنه أن يزيل الحكم الجنائي الذي قضى بالغرامة بل كان من أثره أن صار للمطعون عليهم وهم ورثة المحكوم عليه الحق في استرداد المبلغ المذكور ومن ثم فلا يصح أن يواجهوا بحكم المادة ١٨٧ من القانون المدني سالفة الذكر ، وذلك أن المبلغ المحكوم به وقت أن حصلته النيابة العامة قد حصل بحق لكن بقاءه تحت يدها أصبح بعد صدور القرار سالف الذكر بغير سند ، ولذلك يصبح دينا عاديا يسقط الحق في اقتضائه بمدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٣٧٤ من القانون المدني ، وإذ كان الثابت في الدعوى أن هذه المدة وهى خمس عشرة

سـنة لم تكن قد اكتملت من تاريخ صـدور قرار رئيس الجمهورية في ١٩٦٣/٩/٢٤ حتى رفع الدعوى في ١٩٧١/١٠/٢١ بأحقية المطعون ضدهم في صرف قيمة الغرامة المدفوعة من المورث – فإن الحق في المبلغ المطالب برده لا يكون قد سقط بالتقادم " (الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥) وبأنه " النص في المادة ١٨٧ من القانون المدني على أن " تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد " ، يدل على أن العلم بالحق في الاسترداد بواقعة الدفع الحاصل من الغير ، وقد اعتبرت المحكمة رفع الطاعن لدعوى عدم الاعتداد بالحجز أو شطبها دليلا على علمه بحقه في الاسترداد وأجرت من ثم التقادم الثلاثي في حقه على هذا الأساس ، وكان مجرى رفع تلك الدعوى أو شطبها لا يدل بذاته – على علم الطاعن بقيام البنك المحجوز لديه بدفع المبلغ المطلوب استرداده – الى مصلحة الضرائب الحاجزة – فإن الحكم يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال " (الطعن رقم ٧٠٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٣)

- ولا يسري النص إلا حيث يكون السند القانوني للاسترداد هو استرداد ما دفع بغير حق ، فقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر أنه إذا كان المبلغ المطالب برده تم تحصيله بحق باعتبار أنه كان مستحقا عند الوفاء به ثم صدر قانون أزال السبب الذي كان مصدرا له أصبح بقاؤه تحت يد من حصله – بعد صدور هذا القانون – بغير سند ويحق للموفى استرداده باعتباره دينا عاديا يسقط الحق في اقتضائه بمدة التقادم المنصوص في المادة ٣٧٤ من القانون المدني " (الطعنان رقما ١٧١٦ ، ١٨٦١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩)
- استرداد الهبة لتحقق الشرط الفاسخ ، فقد قضت محكمة النقض بأن " حق الواهب في استرداد المال الموهوب في حالة تحقق الشرط الفاسخ للهبة يقوم على أساس ما دفع بغير وجه حق وقد أكدت المادة ١٨٢ من القانون المدني هذا المعنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق ، إلا أنه لما كان الثابت أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب رد المبلغ الموهوب ، وكان الطاعن قد نازعه في ذلك وكان رد المبلغ لا يقضي به في هذه الحالة إلا كأثر من الآثار المترتبة على انفساخ العقد طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وكانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بمضي خمس عشرة سنة ، فإنه طالما يكون للواهب أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة عليها ومنها رد المال الموهوب ، إذ لا يكون هذا المال مستحق الأداء ممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ ، إذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٦)

- المبالغ غير المستحقة لهيئة التأمينات : **مفاد نص المادة ١٢٥ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ يدل على أن صاحب العمل الذي تستحق في ذمته اشتراكات عن عمالة بمقتضى قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ إذا ما أقام بسداد ما يزيد على مستحقات الهيئة فإن حقه في استرداد المبالغ الزائدة يسقط بانقضاء سنتين من تاريخ الدفع ، أما إذا كانت المبالغ المدفوعة كلها غير مستحقة أصلا فإن الحق في استردادها يسقط طبقا للمادة ١٨٧ من القانون المدني بمضى ثلاث سنوات على اليوم الذي يعلم فيه الدافع بحقه في الاسترداد ، وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على سقوط الحق في طلب استرداد المبالغ المتنازع عليها بمقتضى خمس عشرة سنة فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٢٧)**
- ودعوى الفسخ وكذلك دعوى استرداد ما دفع وفاء لعقد الفسخ يخضعان للتقادم الطويل:
- دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة وكذلك دعوى استرداد ما دفع وفاء لعقد الفسخ ، وقد قضت محكمة النقض بأن **" حق المشتري في استرداد الثمن من البائع في حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق ، وقد أكدت المادة ١٨٢ من القانون المدني هذا المعنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد فسخ بعد ذلك إلا أنه في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني لاستحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية – بسبب تأميم وحدة سيارات البائع تنفيذا للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣ فإن الثمن لا يقضي به في هذه الحالة إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد " (الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١) وبأنه " لئن كان حق المشتري في استرداد الثمن من البائع في حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق – الأمر الذي أكدته المادة ١٨٢ من القانون المجني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد فسخ بعد ذلك ، إلا أنه في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه – طبقا للمادة ١٥٩ مدني – لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الأطيان المبيعة تنفيذا لقانون الإصلاح الزراعي ومنازعة البائع في حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نظرها – لا يقضي برد الثمن إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدني ، وإذ كانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون**

للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ " (الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

وقد قضت أيضاً بأن " النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " ، وفي المادة ١٨٢ منه على أنه " يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق " ، وفي المادة ١٨٧ منه على أنه " تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد مفاده أن فسخ عقد البيع يترتب عليه انحلاله بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شيء الى ما كان عليه من قبل ، وأن حق البائع في استرداد المبيع من المشتري يقوم تبعا لذلك على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق ، ولا تكون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه في حالة استحالة رده كأثر من الآثار المرتبة على الفسخ ممكنا إلا بعد التقرير به بحكم نهائي إذ من هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم القصير المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٨) وبأنه " دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ، ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، وطالما يكون للدائن – المشتري – أن يرفع هذه الدعوى ، فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا مستحق الأداء وممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ " (الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١) وبأنه " وإن كان حق الواهب في استرداد المال الموهوب في حالة تحقق الشرط الفاسخ للهبة يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق إلا أنه لما كان الثابت أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب رد المبلغ الموهوب وكان الطاعن قد نازعه في ذلك وكان رد المبلغ لا يقضي به في هذه الحالة إلا كأثر من الآثار المترتبة على انفساخ العقد طبقا للمادة ١٦٠ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وكانت دعوى الفسخ لا تخض للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للواهب أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة عليها ومنها رد المال الموهوب إذ لا يكون هذا المال مستحق الأداء ممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ ، إذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٦)

(٢) الفضـــالة

﴿ المـــادة ١٨٨ ﴾

" الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزما بذلك ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٤٩-١٥١و١٥٣ ، السوري م١٨٩ ، الليبي م١٩١ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضــاحية بأن " **يجب أن تتوافر شــروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة . أولاً : أن يكون الفضولي قد تولى شأنا من شئون غيره والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولي للقيام بهذا العمل فإذا علم بذلك ولم يفصح عن موقفه منه من طريق المعارضـــة أو الإقرار بقيت لقواعد الفضـــالة ولايتها ووجبت تطبيقها ، أما إذا عارض في قيام الفضولي بما تصدى له فتطبق قواعد الإثراء بلا سبب ما لم يكن الفضولي قد قام بقضاء حاجة ملحة عاجلة ، اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وأوجبت أداءه مصلحة عاجلة كالتزام بالنفقة أو تجهيز الميت ، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز الاحتجاج بمعارضـة رب العمل ، فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضنا سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولي من حقوق والتزامات من بدء الفضالة ، ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها . ثانياً : أن يكون ما تصدى له الفضولي (شأنا عاجلا) فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدي نافعا أو مفيدا . ثالثاً : أن تنصرف نية الفضولي شأن الغير دون أن يكون (ملتزما بذلك) وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضوليا من يكون ملزما يتولى شئون الغير بمقتضى عقد (كالوكيل) أو بمقتضى أمر من المحكمة (كالحارس) أو بمقتضى مص في القانون (كالوصى) .**

《 الشـــــرح 》

- المقصـود بالفضـالة : الفضـالة تعني قيام شـخص بأعمال عاجلة وضـرورية لحسـاب ومصـلحة شــخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، فيرتب القانون عندئذ على عاتق من تمت لحســابه الأعمال (رب العمل) تعويض من قام بها (الفضـولي) عما تكلفه في ذلك ، وتقرير هذا الالتزام على عاتق رب العمل ، يهدف الى منه إثرائه على حســاب الفضــولي ، بغير وجه حق ، ولذا فإن الفقه (ويأخذ برأيه القانون المدني المصـري) يعتبر هذا الالتزام من تطبيقات الالتزام برد الإثراء بلا سـبب على حساب الغير ، وإن كانت أحكام الالتزام بتعويض الفضـولي تخلف اختلافا واضـحا عن أحكام الالتزام برد الإثراء . (الشرقاوي بند ١١٥)
- أركان الفضـــالة : ثلاثة أركان : الأول : قيام الفضــولي بشــأن عاجل لرب العمل ، والثاني: قصده الى تحقيق مصلحة رب العمل ، والثالث : أن يكون الفضولي غير ملزم بما قام به

الأول : قيام الفضـولي بشـأن عاجل لرب العمل : يلزم لتحقق الفضـالة أن يقوم الفضـولي ، كما يقول نص المادة ١٨٨ بشأن عاجل لرب العمل ، هذا الشأن قد يكون تصرفا قانونيا يبرمه الفضولي باســم رب العمل ويحدث ذلك عادة عندما يكون الفضـولي وكيلا لرب العمل ، وفي أثناء قيامه بأعمال الوكالة يرى مصــلحة عاجلة لموكله في إبرام تصــرف من التصــرفات ، لا يدخل في حدود وكالته ، أى يخرج عن نطاق نيابته ، فيبرمه نيابة عنه ، متجاوزا حدودها ، فيعتبر فضـوليا في إبرامه لهذا التصـرف ، فإذا وكل في استلام حديقة مثمرة من البائع لحساب موكله المشتري فوجد من اللازم أن يتم ثمارها فورا وإلا تلفت ، ونظرا الى أنه ليس وكيلا في ذلك فإنه إن أبرم التصـــرف ببيع الثمار كان فضــــوليا ، ولكن ليس من اللازم أن يكون الفضـولي وكيلا يجاوز حدود وكالته ، فقد يكون شـخصـا لا تربطه برب العمل علاقة قانونية ، فالجار الذي يجد أن حائطا في ملك جاره الغائب في سـفر ، على وشـك الانهيار مما يعرض منقولاته لخطر التلف والضــياع ، فيبادر الى الاتفاق مع مقاول لترميم الحائط ومنع انهياره ، هذا الجار يكون فضـوليا في إبرام هذا الاتفاق لحساب مالك الحائط ، ومثله من يوفى الضـرائب المستحقة على صديق له توقيا للحجز على أمواله ، أو يؤجر عنه مسكنا في مصيف أو مشتى قبل فوات الموسم ، مثل هذه التصرفات ، وسواء أكانت من أعمال التصرف أن من أعمال الإدارة ، تسرى على رب العمل ، كما لو كان الفضولي نائبا عنه ، هذا ولو كان الفضولي قد أبرم التصرف باسمه هو ، فرب العمل يلتزم بآثار التصــرف في هذه الحال ، مادامت شــروط الفضــالة متوافرة ، والشــأن العاجل لا يقتصــر على التصرفات القانونية ، بل يشـمل أيضـا الأعمال الأخرى التي يقوم بها الفضـولي والتي يمكن وصـفها بأنها أعمال مادية ، كجنى محصـول أو إطفاء حريق أو إصـلاح خلل في جهاز أو علاج مريض ، فهذه أيضـا يتحقق بها وصف الفضولي لمن يقوم بها ، ويكون له أن يطالب رب العمل بما تكلفته ، ولكن من اللازم

أن يكون ما يقوم به الفضولي من إبرام تصرف أو إتمام عمل مادي ، شأنا عاجلا ، أى أمرا ضروريا يجب القيام به ، ودون إبطاء ، أى دون انتظار لرأى صاحب الأعمال ، خوفا من تفاقم الأضرار أو المخاطر ، ويمكن أن يوضع معيار للشأن العاجل بأنه العمل الذي ما كان رب العمل ليتوانى عن القيان به لو كان حاضرا أو قادرا ، فلا يكفي أن يكون عمل الفضولي نافعا لرب العمل حتى تتحقق الفضالة ، ولذا لو اشترى شخص لآخر أرضا أو عقارا مبنيا لعلمه برغبته في ذلك ، أو قبل نيابة عنه قسمة مال مملوك على الشيوع ، لا تكون هناك فضالة ، لأن مثل هذه الأعمال لا تعد شأنا عاجلا . (الشرقاوي بند ١٣١ ، السنهوري بند ٨٥٩ وما بعده ، مرقص بند ٩٦ ، الصدة بند ٥٨١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يكفي لتبرير قيام الفضالة ، وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقا على المادة ١٨٨ منه ، أن يكون ما يتصدى له الفضولى نافعا أو مفيدا بل لابد أن يكون ضروريا أى شأنا عاجلا ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد سداد البنك المطعون ضده لباقي أقساط الأسهم كافيا لقيام الفضالة استنادا الى أنه حال دون سريان فوائد التأخير كما منع بيع الأسهم لحساب المورث ، مع أن الفوائد سوف تسري لصالح البنك عما سدده وهو ما طلبه بدعواه وقضى له به ، كما أن الحكم لم يحقق ما إذا كان السداد ضروريا ونافعا للطاعنين أم لا ، بتبين سعر الأسهم وقت السداد وما إذا كان قد تدهور عما كان عليه وقت الاكتئاب كما يقول الطاعنون وأن البنك ابتغى بالسداد مصلحة نفسه فقط وإذا لم يقم الحكم المطعون فيه بتحقيق ذلك ، فقد حجب نفسه عن استظهار أركان الفضالة ومن ثم يكون مشوبا بالقصور بما يتعين معه نقضه " (الطعن رقم ٣٢١ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٨)
وبأنه " يشترط لقبول الدعوى أن يكون كل من المدعى والمدعى عليه أهلا للتقاضي ، وإلا باشرها من يقوم مقامهما ، وإذ كان الثابت من عقدى البيع المسجلين أن ... اشترى بوصفه وليا طبيعيا على أولاده القصر حصتهم في الأعيان المبيعة بالعقدين المذكورين وأن والدتهم .... دفعت ثمنها من مالها الخاص تبرعا منها لهم ، فإن قيام الشفيع بتوجيه دعوى الشفعة إليها دون والدهم الذي له الولاية عليهم يجعل الدعوى غير مقبولة بالنسبة لهم ، ولا يجدى الحكم المطعون فيه استناده الى المادة ١٩٥ من القانون المدني ، والقول بأن والدة القصر كانت فضولية تعمل لصالحهم إذ فضلا عن أن قيامها بدفع الثمن عنهم لم يكن أمرا عاجلا ضروريا – فإن ذلك لا يخولها حق تمثيلهم في التقاضي " (الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩)

الثاني : قصد الفضولي تحقيق مصلحة لرب العمل : يجب أن يكون قيام الفضولي بالعمل العاجل لحساب رب العمل بقصد أداء خدمة له ، أى بقصد تحقيق مصلحة من يتم العمل لحسابه ،

فإن كانت الفائدة التي عادت على الغير قد تحققت بمناسبة عمل يقوم به الشخص لمصلحة نفسه ، كما لو أصلح خللا في منزل بظنه منزله ، ثم ظهر له أنه ملك الغير ، فهذا الشخص لا يعتبر فضوليا ولا يرجعه على مالك المنزل وفقا لأحكام الفضالة ، بل يرجع عليه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، وإذا قام مستأجر بإجراء الترميمات الضرورية التي يلتزم بها المؤجر بسبب خطورة تركها بلا ترميم وبسبب غيبة المؤجر ، لا يكون المستأجر مع ذلك فضوليا ، لأنه يقصد من المبادرة الى عمل هذه الترميمات الى تحقيق مصلحته هو بدء الخطر عن نفسه وعن أمواله ، ويكون رجوع المستأجر على المؤجر في هذه الحال ، وفقا لقواعد عقد الإيجار ، ويكفي أن تنصرف نية الفضولي الى تحقيق مصلحة الغير ، ولو تبين بعد ذلك أن الشخص الذي ظن أنه يدير أعماله ليس هو الذي تمت الأعمال لحسابه فعلا ، أى لا يلزم أن تتجه نية الفضولي الى تحقيق مصلحة شخص بالذات ، ليكون فضوليا بالنسبة له ، بل يكفي أن تنصرف نية الفضولي الى خدمة الغير بصفة عامة ، فيتوافر له وصف الفضولي بالنسبة لمن تتم الأعمال لحسابه ، فمن يسعف شخصا من كارثة وهو يظنه شخصا معينا فيتبين أنه أخوه ، يكون فضوليا بالنسبة للأخ ، ولكن إن كانت مصلحة الغير مرتبطة بمصلحة الفضولي ، فإن ما يقوم به من أعمال عاجلة تحقق مصلحة الغير من مصلحته الشخصية ، يجعله فضوليا بالنسبة للغير ، وقد نصت على ذلك المادة ١٨٩ التي تقضي بأن " تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيان بأحدهما منفصلا عن الآخر " ، فالمالك على الشيوع الذي يتم إصلاحا عاجلا في كل الشيء المملوك على الشيوع أو الذي يؤجره في صفقة سانحة لا تعوض ، يعتبر فضوليا في الرجوع على شركائه الآخرين بكل ما تحمله نيابة عنهم في هذه الأعمال" (الشرقاوي ، الإشارة السابقة ، السنهوري بند ٨٦٨ وما بعده ، مرقص بند ١٠٤ ، الصدة بند ٥٨٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقا لما تنص عليه المادتان ١٨٨ و١٨٩ من التقنين المدني كلما تولى الشخص عن قصد أثناء توليه شأنا لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكنه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر " (الطعن رقم ٤٠ ٤ق جلسة ١٨/٤/١٩٧٧) وبأنه " الفضالة – على ما تقضي به المادة ١٨٨ من القانون المدني – تقتضي أن – يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، وإذ كانت الشركة حين عهدت للطاعن بإقامة المباني على الأرض إنما كانت تعمل لحساب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فإن أحكام الفضالة تكون غير منطبقة ، كما ينتفي قيام الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل " (الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩/٦/١٩٦٩) وبأنه " إذا كان

المشــتري قد دفع الى أخ البائع مبلغا من أصــل ثمن البيع فقام هذا بدفعه الى صــاحب حق امتياز على المبيع وتولي شطب حق الامتياز فاعتبرت المحكمة ذلك عملا من فضولي استفاد منه المشتري والبائع في محو ما كان مثقلا به العقار المبيع وفي تسوية علاقتهما المالية الناشئة عن عقد البيع باحتساب هذا المبلغ ضــمن المبالغ المســددة من المشــتري الى البائع ، فليس في هذا ما يخالف المادة ١٤٤ من القانون المدني (القديم) وهى المقابلة للمادة ١٨٨ ، إذ لا جدال في أن البائع قد اســتفاد من شــطب حق الامتياز فيكون ملزما بقيمته المسددة حتى لا يثرى على حساب المشترى بغير سبب " (الطعن رقم ٩٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٥/٤)

الثالث : أن يكون الفضــولي غير ملزم بما قام به : يجب ألا يكون من يقوم بعمل لحســاب الغير ، ملتزما القيام به ، حتى يعتبر فضوليا ، فإذا كان من واجبه القيام به سواء باعتباره وكيلا عن الغير ، أو باعتباره مقاولا وبناء على اتفاق مع الغير ، أم كان من واجبه القيام به بحكم القانون لأنه ولى أو وصى لصاحب الأعمال ، أم كان ملتزما بالقيام به بناء على تعيينه حارسا على أموال الغير بحكم القضاء ، إذا كان العمل الذي قام به الشـخص لحسـاب الغير واجبا عليه لأحد هذه الأسـباب لم يكن فضـوليا ، بل تحكم علاقته بصـاحب الأعمال ، القواعد القانونية الأخرى التي تترتب على طبيعة هذه العلاقة (الاتفاق أو نصوص القانون المنظمة للولاية على المال أو قواعد الحراسة) ، ولكن يجب ، من ناحية أخرى ، ألا يكون من يتم الأعمال لحســاب الغير ، قد نهى عن القيام بها من هذا الغير ، فإذا كانت الفضــالة غير محتاجة لقيامها الى علم صــاحب الأعمال بما يقوم به الفضــولي ، أو الى موافقته على ذلك ، فإنها لا تقوم إذا نهى صاحب الأعمال الشخص عن القيام بأى عمل لحسابه ، فإذا بدأ شخص في القيام بعمل عاجل لحساب آخر ، فعلم صاحب الأعمال ، وطلب منه عدم المضى فيها ، زالت صفته كفضولي منذ ذلك الوقت ، وتعين عليه التوقف عن إتمامها ، فإذا اســتمر رغم ذلك لم يكن فضــوليا ، وإن جاز له ، إن ترتب على عمله إثراء لرب الأعمال ، أن يرجع عليه وفقا لقواعد الإثراء بلا سـبب ، هذا مع ملاحظة أن تدخل شـخص في أعمال الغير رغم نهيه عن ذلك يعد خطأً من جانبه ، يجعله مسئولا عن أى ضـرر يترتب على هذا التدخل . (الشرقاوي بند ١٣١ ، السنهوري ، المراجع المشار إليها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الفضـالة – على ما تقضي به المادة ١٨٨ من القانون المدني – تقتضـي أن يتولى شـخص عن قصـد القيام بشـأن عاجل لحسـاب شـخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، وإذ كانت الشــركة حين عهدت للطاعن بإقامة المباني على الأرض إنما كانت تعمل لحســاب نفسها لا لحساب المطعون ضدها الأولى (الشريكة الموصية فيها) فإن أحكام الفضالة تكون غير منطبقة

، كما ينتفي قيان الوكالة المدعى بها لأن الوكالة لا تكون إلا حيث يقوم الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكل " (الطعن رقم ٢٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

- يجب التمسك بأحكام الفضالة : يجب على المدعى التمسك بأحكام الفضالة أمام محكمة الموضوع وهو دفاع جوهري يحب على محكمة الموضوع التعرض لهذا الدفاع وبحثه وإلا كان حكمها كان مشوبا بالقصور .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في إقامة قضائه برفض دعوى الطاعن – البنك – قبل المطعون ضدهم – العملاء – على أنه لا يجوز للبنك أن يستقل بمد أجل خطاب الضمان دون موافقة عميله مادام أن للضمان أجلا موقوتا في الخطاب الصادر للمستفيدة – شركة مصر للتجارة الخارجية – والمتفق على تجديده مقدما وهو ما لا يواجه دفاع الطاعن من أنه كان وقت تجديد خطاب الضمان فضوليا تولى شأنا عاجلا للمطعون ضدهم أثناء توليه شأن نفسه بما يصلح سندا لمطالبة المطعون ضدهم بالمبلغ الذي أداه لشركة مصر للتجارة الخارجية ، وكان المعول عليه في معنى القصور – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون الدفاع الذي يلتفت الحكم عن الرد عليه جوهريا ومما قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى ، وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع على أهميته ولم يقسطه حقه في الرد فإنه يكون مشوبا بالقصور " (الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٨) وبأنه " إذا كان الطاعن لم يسبق له التمسك لدى محكمة الموضوع باستحقاقه المبالغ المطالب بها على أساس الفضالة فإنه لا يقبل منه التحدي بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

- وإذا كان هناك عقد بين الطرفين فلا يجوز أعمال أحكام الفضالة ، وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أنه حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب أو لأحكام الفضالة ، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزامه قبل الآخر . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه وسائر مستندات الطعن أنه قد تم الاتفاق بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدهم بموجب العقود المؤرخة على كيفية سداد تكاليف تخزين اللحوم المستوردة بالثلاجات بجمهورية مصر العربية وأن الملزم بها البائع أو المشتري حسب ميناء الوصول ويتحمل المورد – المطعون ضدهم – بمصاريف تخزين البضاعة في ثلاجات بور سعيد دون الإسكندرية حسبما رد في بنود التسليم في عقد التوريد وقد تعهد المطعون ضدهم بالعقد المؤرخ ..... بتحمل نفقات التخزين بثلاجات الجيش بالسويس وكافة الالتزامات المترتبة على تخزين هذه الكمية ، ومن ثم فإن العلاقة بين طرفى الخصومة علاقة تعاقدية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بسقوط حق الشركة الطاعنة تأسيسا على

قواعد الإثراء بلا سبب والفضالة فإنه يكون مشوبا بالخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨١/٥/١٨) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه لا قيام لأحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزامه قبل الآخر ، فإن تمسك الطاعن بأحكام الفضالة في مواجهة مورث الطاعنين بمداخل خطاب الضمان رغم ما بينهما من رابطة عقدية يكون في غير محله " (الطعن رقم ٩١١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١) وبأنه " إذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى النتيجة الصحيحة ، وكان لمحكمة النقض أن تصحح ما وقع من خطأ في تقريرات الحكم القانونية دون أن تنقضه ، فإنه لا يعيبه ما أضافه خطأ من أنه يحق للمطعون عليه الأول – مشتري العقار – أن يرجع على مورث الطاعنين – البائع للبائعين له – بما دفعه للبنك – الدائن صاحب حق الاختصاص – عملا بالمادتين ١/٣٢٣ و١/٣٢٤ من القانون المدني ، وأن أساس ذلك أحكام الفضالة المنصوص عليها في المادة ١٩٥ من هذا القانون إذ لا قيام لأحكام الفضالة حيث تقوم بين طرفى الخصومة رابطة عقدية ، بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزامه قبل الآخر " (الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

- ولا يجوز إعمال أحكام الفضالة أيضاً في إجراءات التقاضي ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لا شأن في إجراءات الدعوى لغير أخصامها ، وكل حكم يصدر فيها على شخص لم يكن خصما فيها فهو باطل بالنسبة له ولا يمس بشيء من حقوقه ، فإذا رفع خصم استئنافا عن حكم وتركه حتى شطب فتطوع محام فرفع باسم هذا الخصم نفسه استئنافيا ثانيا عن الحكم ذاته وأثبت المحكمة أن هذا المحامي لا توكيل لديه ، بل إن هذا الخصم منعه من الحضور عنه في هذا الاستئناف منعه من الحضور عنه في هذا الاستئناف الذي تطوع برفعه ، فليس للمحكمة أن تعتبر لهذا الاستئناف الذي أقامه الفضولي وجودا ولا أن تقرر بتكليف قلم الكتاب أو المستأنف عليهم بإعلان من نسب له الاستئناف للحضور ولا أن تعتبر أن إعلان التكليف بالحضور الصادر من قلم الكتاب أو من المستأنف عليهم لهذا الشخص بناء على قرارها هو تجديد للاستئناف الأول المشطوب ، بل كل هذه الإجراءات والاعتبارات باطلة في حق هذا المستأنف والحكم الذي يصدر في الاستئناف باطل فيما يتعلق به تبعا لذلك ، وحقه في أن له استئنافا أول مشطوبا حق باق على حاله " (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٥ق جلسة ١٩٤٦/١/٢٣)
- ولا يجوز التمسك بأحكام الفضالة لأول مرة أمام محكمة الموضوع : لا يجوز التمسك بالفضالة ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه دفاع يتعلق بالوقائع ومن ثم يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع .

﴿ المـــادة ١٨٩ ﴾

" تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولي شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر ".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، الليبي م١٩٢ ، السوري م١٩٠.

﴿ الشرح ﴾

- قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل : **الركن المادي في الفضالة هو قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل ، وقد يتم هذا في شكل تصرف قانوني أو عمل مادي ، وعندما يكون الركن المادي في الفضالة في صورة عمل قانوني ، فإنه يترتب بذلك من الركن المادي في الوكالة ، إذ أن محل الوكالة هو القيام بتصرف قانوني باسم الموكل ولحسابه ، وكثيرا ما تتحقق الفضالة في صورة خروج على قواعد الوكالة ، فالوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته يصبح فضوليا فيما يباشره من تصرفات ، والوكيل الذي يستمر في مباشرة وكالته بعد انتهاء مدتها إنما يقوم بذلك على سبيل الفضالة ، ولكن لا يشترط بطبيعة الحال أن يكون الفضولي وكيل تجاوز حدود وكالته أو استمر فيها بعد انتهائها ، وإنما تتحقق الفضالة حتى ولو لم تكن للفضولي علاقة سابقة برب العمل ، ولكنه باشر تصرفا قانونيا لمصلحته ، مثال ذلك أن بيع محصول لشخص آخر خشية أن يسرع إليه التلف ، أو أن يؤجر عينا شائعة بينه وبين شخص آخر ، أو أن يقبل هبة موجهة لرب العمل ، أو أن يدفع ضريبة مقررة على رب العمل حتى يجنبه إجراءات الحجز الإداري ، ولا يشترط في قيام الفضولي بهذه التصرفات أن تتوافر لديه أهلية الأداء الكاملة ، بل يكفي أن تتوافر لديه أهلية التعاقد وهى توجد مع وجود التمييز ، والفضولي يشبه في ذلك الوكيل ، وعلى العكس فإنه يشترط أن تتوافر أهلية الأداء لدى رب العمل لإبرام هذا النوع من التصرفات ، فإذا لم يكن رب العمل قادرا على إبرام التصرف بنفسه ، فلا يستطيع غيره أن يبرمه نيابة عنه ، وكالة أو فضالة ، ولا يقوم بمثل هذا التصرف إلا نائبه القانوني كالولى أو الوصى أو القيم ومع مراعاة أحكام النيابة القانونية السابق دراستها ، وعلى خلال الوكالة فإن الفضالة قد تتمثل في القيام بعمل مادي لمصلحة رب العمل ، مثال ذلك قطع تقادم لدين أو شك على السقوط بالتقادم ، أو قيد رهن أو تجديد القيد ، أو ترميم منزل مهدد بالانهيار ، أو تنقية القطن من الدودة ، أو تنقية الأرض من الحشرات ، أو جنى محصول يخشى عليه التلف ، وفي كل الأمثلة التي أعطيناها للتصرفات القانونية أو الأعمال المادية التي يتحقق بها الركن المادي للفضالة ، كانت الصفة المميزة هى صفة الضرورة والاستعجال ، وهذا شرط جوهري في العمل الذي يقوم به الفضولي ويتحقق الاستعجال إذا كان التصرف من التصرفات الضرورية التي ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام بها لو تواجد في نفس الموقف الذي قام فيه الفضولي بهذا العمل ، وطبقا لهذا المعيار لا يكفي أن يكون العمل مفيدا لرب العمل حتى يحق**

لشخص آخر أن يقوم به ، ويستفيد بعد ذلك من أحكام الفضالة في الرجوع على رب العمل ، فلا يجوز لشخص أن يقوم بقسمة أرض شائعة بين ملاك على الشيوع حتى بجنيهم مضار الشيوع ، أو يطالب بالشفعة في العقار المبيع باسم الشخص صاحب الحق في الشفعة ، أو أن يشتري منزلا أو أرضا لحساب شخص لمجرد أن الصفقة رابحة ، أو أن يقوم بالبناء على أرض الغير حتى يتمكن الغير من استغلال أرضه على أحسن وجه ، كل هذه التصرفات وإن كانت نافعة إلا أنها ليست ضرورية ، وإذا قام بها شخص غير صاحب الشأن فإنها لا تنفذ في حقه ، بل أنها قد تستوجب المسئولية التقصيرية إذا اتسمت بالتسرع والخطأ ونتج منها ضرر لرب العمل ، أما التصرفات الضرورية العاجلة ، فإن قيام الفضولي بها مع توافر أركان الفضالة الأخرى ، يعطيه الحق في الرجوع على رب العمل ، ويبقى حق الفضولي في الرجوع قائما ولو زالت الفائدة من العمل بعد القيام به ، أو زال الإثراء الذي عاد على رب العمل ، كأن يقوم شخص بترميم منزل مهدد بالانهيار ، ثم يهلك المنزل بعد ذلك بسبب فيضان أو حريق أو غير ذلك ، في هذه الحالة يظل الفضولي صاحب حق في الرجوع على رب العمل طبقا لأحكام الفضالة .

- قصد الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل :
- القصد هو مناط التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب : **الفضالة هى تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب ، ولكنه تطبيق خاص يتميز بأن الفضولي بقصد القيام بشأن فيه مصلحة لشخص آخر ، أى يقصد إسداء خدمة الى شخص آخر ، فإذا لم يتوافر هذا القصد فإن الفضالة لا تقوم وإن تحقق الإثراء بلا سبب ، مثال ذلك ، المستأجر الذي يقوم بالترميمات الضرورية للعين المؤجرة ، فهو لا يقصد بذلك أن يؤدي خدم للمؤجر ، ولكنه يقصد أن يحقق مصلحة لنفسه هى الانتفاع بالعين على الوجه الأكمل ، وهو إذا كان يرجع بما أنفقه على المؤجر ، لأن القيام بهذه الترميمات واجب على هذا الأخير ، فإنما يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب ، وليس بدعوى الفضالة ، ولكن إذا كانت نية الفضولى في القيام بمصلحة رب العمل هى التي تميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب ، إلا أن النية قد تتجه اتجاهات مختلفة ولكل اتجاه منها حكم خاص ، ولذلك تبتغي مراعاة الصور المختلفة الآتية : ١- لا يشترط أن تكون نية الفضولي خالصة في العمل على مصلحة رب العمل ، بل يجوز كما يقرر المشرع في المادة ١٨٩ مدني " أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي ، في أثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر " ، فلا يشترط إذن أن تتمحض نية الفضولي للعمل على مصلحة رب العمل ، بل يجوز أن يقصد أساس القيام بعمل لمصلحته الشخصية ، ولكن هذا العمل لا يمكن إتمامه بغير العمل على مصلحة شخص آخر لما بين الأمرين من ارتباط . مثال ذلك الشريك على الشيوع الذي يؤجر العين المملوكة على الشيوع بينه وبين شخص آخر ، إنما يقوم أساسا بتحقيق مصلحته الشخصية ، ولكنه يحقق في نفس الوقت مصلحة شريكه على الشيوع ، ولا يؤثر في وجود النية أن**

تكون مصلحته الشخصية هى الدافع الأساسي للتصرف ، طالما أن مصلحة الشريك كانت أيضا في اعتباره ، ٢- لا يشترط أن تكون نية الفضولي متجهة الى إسداء خدمة لشخص معين بالذات ، بل يكفي أن تتجه النية الى العمل على مصلحة الغير ، أيا كان هذا الغير ، وحتى لو تبين أن الشخص الذي تحققت مصلحته هو شخص آخر غير الشخص الذي اتجهت نية الفضولي الى العمل لحسابه ، ٣- لا يشترط أن يكون الفضولي عالما بصفته كفضولي ، بل قد يتصرف باعتباره وكيلا ، ويكون متجاوزا حدود الوكالة ، ويكون تصرفه في الواقع فضالة لا وكالة ، والمهم أن يقصد العمل لمصلحة رب العمل ، ٤- إذا اتجهت إرادة الشخص الى القيام بعمل لمصلحته الشخصية ، فإنه لا يعتبر فضوليا حتى ولو آلت نتيجة العمل للغير ، حتى ولو تمحضت هذه النتيجة لمصلحة الغير ، مثال ذلك الحائز الذي يعتقد أنه المالك ويقوم بوضع تحسينات أو إنشاءات في العين التي يحوزها ، ثم يظهر بعد ذلك المالك الحقيقي الذي يسترد هذه العين بما زاد عليها من تحسينات وإنشاءات ، في هذا الفض لا يعتبر هذا الشخص فضوليا ، ولا يرجع على المالك الحقيقي بأحكام الفضالة ، بل بأحكام الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . (راجع في كل ما سبق تناغو بند ٢٤٣ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقا لما تنص عليه المادتان ١٨٨ ، ١٨٩ من التقنين المدني كلما تولى الشخص عن قصد أثناء توليه شأنا لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر " (الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٨) وبأنه " الفضولي يجب أن تنصرف نيته الى أن يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه . فإذا انصرفت نيته الى العمل لمصلحة نفسه فلا تصدق عليه صفة الفضولي حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع ، ومن ثم فإن المستأجر إذا قام بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة مستهدفا استيفاء منفعة العين لنفسه فهو بالنسبة الى المالك لا يعتبر فضوليا ، حتى ولو كان هذا التدخل ليس مستحقا لمصلحته وإنما قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية " (الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٦)

﴿ المــــادة ١٩٠ ﴾

" تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٥٤-١٥٥ ، السوري م١٩١ ، الليبي م١٩٣ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمنا سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولي من حقوق والتزامات من بدء الفضالة ، ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ولو كان الفضولي قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه ، ويراعى في الحالة الأخيرة أن الوضع الذي تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب .

《 الشـــــرح 》

- إقرار رب العمل عمل الفضولي : **يشترط لقيام الفضالة من الناحية القانونية ألا يكون الفضولي ملتزما بالقيام بالعمل الذي يقوم به ، فإذا كان ملتزما به ، فهو لا يكون فضـــوليا ، بل مدينا يوفى بالتزامه ، مثال ذلك العامل الذي يعمل لحســـاب رب العمل ، أو المقاول الذي يقوم بإنشـــاءات لحساب رب العمل ، أو الحارس الذي يقوم بإدارة العين التي يتولى حراستها ، ويشترط كذلك ألا يكون الشخص موكلا في القيان بالعمل الذي قام به ، وإلا فإنه لا يعتبر فضوليا بل وكيلا ، وإذا لم يكن الشخص موكلا ، ولكن رب العمل أجاز العمل الذي قام به الغير ، فإنه تسري أحكام الوكالة لا الفضالة ، إذ أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، وقد نص المشرع صراحة على هذا الحكم في المادة ١٩٠ السابق ذكرها ، ويشترط أخيراً ألا يكون رب العمل قد نهى الغير عن القيام بهذا العمل ، لأنه إذ نهاه عن ذلك ، فعلى الغير أن يمتنع عن القيام به ، فإذا قام بالعمل رغم النهى ، فإنه لا يعتبر فضوليا ، بل يعتبر مخطئا ويكون مسئولا عن تعويض رب العمل عن أى خسارة تلحقه من القيام بالعمل ، ولكن إذا نتج عن القيام به نفع لرب العمل ، فإنه يجوز له الرجوع عليه ، بمقتضى الأحكام العامة في الإثراء بلا سبب ، والخلاصة أنه يشترط من الناحية القانونية حتى تقوم الفضالة ، ألا يكون الفضولي ملزما بالقيام بالعمل الذي قام به ، أو موكلا به أو منهيا عنه . (راجع في كل ما سبق تناغو بند ٢٣٦ ، السنهوري ، مرجع سابق ، مرقص ، مرجع سابق)**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **الإقرار بالفضالة يترتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضي به المادة ١٩٠ من القانون المدني الجديد التي قننت ما اســتقر عليه الفقه والقضـــاء في عهد القانون المدني الملغي " (الطعن رقم ٦٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٨)**

《 المــــادة ١٩١ 》

" يجب علي الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلي أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، كما يجب عليه أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٥٧ ، الليبي م١٩٤ ، السوري م١٩٢

.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " **يعتبر القانون مصدرا مباشرا لالتزامات الفضولي ، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادي ، ويلاحظ أن الفضولي يلزم بالمضى في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى**

له ، لذلك كان من واجب الفضـولي أن يخطره بتدخله في أول فرصـة تتاح له ، ومتى تيسـر لرب العمل أن يباشره بنفسه ، كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك .

﴿ الشــــرح ﴾

- التزام الفضـولي بالمضـي في العمل : تنص المادة ١٩١ على أنه " يجب على الفضـولي أن يمضـي في العمل الذي بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشـرته بنفسـه " ، والحكمة من هذا الالتزام أن الفضـولي يقوم بأمر عاجل لرب العمل ، يتسـم بالأهمية والضـرورة بالنسـبة له ، فلا ينبغي أن يقوم بذلك عن خفة أو استهتار ، بل يجب أن يمضي في العمل الذي قام به الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .
- التزام الفضولي بإخطار رب العمل : وتنص المادة ١٩١ في عبارتها الأخيرة ، أنه يجب على الفضـولي أن يخطر بتدخله رب العمل متى اسـتطاع ذلك ، والحكم من هذا الالتزام هى أن الشـأن الذي يتولاه الفضولي لا يتعلق به هو بل برب العمل ، وهذا الأخير لو كان يعلم بالأمر لما توانى في القيام به ، ولذلك ينبغي أن يخطره الفضـــولي بما قام به ، حتى يمســـك هو بزمام الموقف ، فقد يتدخل لإتمام العمل بنفسـه ، وهذا واجب عليه إذا اسـتطاع الى ذلك سـبيلا ، وقد ينهى الفضـولي عن الاستمرار في العمل إذا كان لا يرى وجها للقيام به .

﴿ المـــادة ١٩٢ ﴾

" يجب علي الفضــولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشــخص العادي ، ويكون مسئولاً عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقض التعويض المترتب علي هذا الخطأ ، إذا كانت الظروف تبرر ذلك .

وإذا عهد الفضولي إلي غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة علي هذا النائب.

وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد ، كانوا متضامنين في المسئولية ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٥٦ ، الليبي م١٩٥ ، السوري م١٩٣

.

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضــاحية بأن "يلاحظ أن الفضــولي يلزم ، ما بقى قائما بالعمل ، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشـخص المعتاد ، وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يســتتبع مســاءلته ، ومع ذلك فينبغي التسـامح في تقدير هذه المسـئولية إذا كان الفضـولي قد قام بما تصـدى له من شـئون رب العمل لدفع ضــرر يتهدده ويسـأل الفضـولي كذلك باعتباره متبوعا عن خطأ من ينيبه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل ، وعند تعدد الفضوليين المتصدين لشأن واحد يسألون عن خطئهم على وجه التضـامن ، ولما كان هذا الخطأ يغاير صـنوه في نطاق المسـئولية التقصـيرية ، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنص خاص

﴿ الشــــرح ﴾

- التزام الفضــــولي ببذل عناية الرجل العادي : **الفضــــولي لا يلتزم التزاما بتحقيق نتيجة ، بل التزامه ببذل عناية ، والعناية المطلوبة من الفضــــولي هى عناية الشــــخص العادي ، وإذا لم يبذل الفضولي هذه العناية فإنه يكون مخطئا ويكون مسـئولا في مواجهة رب العمل ، ويلتزم بتعويضـه عن الضرر الذي أصابه من هذا الخطأ ومسئولية الفضولي ليست مسئولية عقدية ، إذ لا عقد بينه وبين رب العمل ، كما أنها مسئولية تقصيرية ، لأن الخطأ حدث في نطاق الفضالة ، فتكون المسئولية في نطاق الفضــالة كذلك ، والغالب ألا يحكم على الفضــولي بتعويض كامل ، لأن القاضــي يراعى أن الفضولي شخص متطوع ببذل جهده في إسداء خدمة لشخص غيره ، فإذا انحرف في قيامه بذلك عن مسلك الرجل العادي ، فإن نيته تشفع له في تخفيف المسئولية التي تنشأ عن هذا الانحراف ، ولكن يشـترط بالطبع ألا يكون الخطأ جسيما ، لأن الخطأ الجسيم يأخذ حكم الغش ، والغش فيه معنى الإضــرار بالغير ، وهو على طرف نقيض من نية إســداء خدمة للغير ، فتنفي الفضــالة أصــلا ،**

وتكون المسئولية ليست في نطاق الفضالة ، بل مسئولية تقصيرية عن العمل غير المشروع ، والفضولي لا يكون مسئولا عن عمله فحسب في مواجهة رب العمل بل يكون مسئولا عن عمل أى شخص غيره يعهد إليه بالقيان بالعمل كله أو بعضه ، كما لو كان العمل عملا ماديا وعهد الى مقاول بالقيام به ، أو كان العمل عملا قانونيا وعهد الى وكيل بإبرام التصرف ، غير أنه في هذه الحالة لا يكون الفضولي هو وحده المسئول ، بل يكون نائبه أيضا مسئول عن عمله ، والنائب مسئول في مواجهة الفضولي طبقا للعقد القائم بينهما ، غير أنه مسئول كذلك في مواجهة رب العمل الذي يجوز له أن يرجع بالتعويض على النائب مباشرة ، وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد ، فإنهم يكونون مسئولين على وجه التضامن في مواجهة رب العمل ، وقد سبق أن رأينا نفس الحكم بالنسبة لتعدد المسئولين عن العمل غير المشروع في المسئولية التقصيرية . (تناغو ص٤٤٢ ، السنهوري ، مرجع سابق ، مرقص ، مرجع سابق)

《 المـــادة 193 》

" يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل عن رد ما استولي عليه بسبب الفضالة ، وتقديم حساب عما قام به ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٥٨ ، السوري م١٩٤ ، الليبي م١٩٦

.

《 الشـــرح 》

- إلزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل : **ويشير هذا النص الى الحكم المقرر في المادة ٧٠٦ بشأن الوكالة ، وتنص هذه المادة على أنه " ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لنفسه ، وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فواد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " ، ويتضح من هذين النصين أن المشرع عامل الفضولي معاملة الوكيل من حيث إلزامه بتقديم حساب عن الأعمال التي يقوم بها لحساب رب العمل ، ويكون ذلك الحالات التي يحصل فيها الفضولي على أشياء خاصة برب العمل ، ويتحقق ذلك الكثير من الحالات ، مثال ذلك أن يقوم الفضولي ببيع محصول مملوك لرب العمل خشية تلفه ، ويقبض ثمن البيع ، والنقود التي يحصل عليها الفضولي ينبغي أن يردها لرب العمل وينبغي ألا يستعملها لفائدته الشخصية ، وهو إذا استخدمها لنفسه وجبت عليه الفائدة بالسعر القانوني وهو ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية ، وتحسب الفائدة من وقت استخدام هذه النقود ، أما إذا لم يستعمل المال لمصلحته الشخصية فإن الفائدة تسري عليه من وقت إعذاره بالدفع ، وإذا كانت الأشياء التي حصل عليها الفضولي ليست نقودا ، بل أشياء أخرى كمحصول**

زراعي قام بجنيه أو غير ذلك فإنه يلتزم بتسليم هذا الشئ الى رب العمل ، وألا يستخدمه لصالح نفسه ، وإلا وجب عليه التعويض . (تناغو ، مرجع سابق ، الصدة ، مرجع سابق)

﴿ المـــادة ١٩٤ ﴾

" إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ .

وإذا مات رب العمل بقي الفضـــولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٥٢ ، السوري م١٩٥ ، الليبي م١٩٧

.

《 الشـــرح 》

- أثر موت الفضـولي أو موت رب العمل في التزامات الفضـولي : **إذا مات الفضـولي فإن الفضـالة تنقضـي ، وهو نفس الحكم في حالة ما إذا مات الوكيل فإن الوكالة تنقضـي ، ولكن ينشـأ على عاتق ورثة الوكيل وكذلك على عاتق ورثة الفضـــولي ، متى كانوا كاملي الأهلية وكانوا على علم بالفضالة أو بالوكالة ، التزام شخص بأن يخطروا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما يكون في وسعهم الى أن يتمكن رب العمل من مباشرة الأمر بنفسه ، أما إذا مات رب العمل ، فإنه على خلاف الوكالة التي تنقضـي بوفاة الموكل ، فإن الفضـالة لا تنقضـي بوفاة رب العمل ، ويظل الفضـــولي ملتزما في مواجهة ورثة رب العمل بنفس الالتزامات التي كان يلتزم بها في مواجهة رب العمل نفسه ، والسبب الذي يبرر انقضاء الوكالة بموت الموكل ، هو أن الوكالة تنشأ عن عقد بين الوكيل والموكل ، وهو عقد ذو طابع شخصي ، فلا تنتقل الالتزامات الناشئة عنه الى الخلف العام للوكيل أو الموكل . أما الفضـالة فهى لا تنشأ عن عقد بين الفضـولي ورب العمل ، ولكن تنشأ عن واقعة مادية هى قيام الفضـولي بأمر عاجل لمصـلحة رب العمل ، ووفاة هذا الأخير ليس من شأنها أن تؤثر في بقاء الكفيل ملتزما بنفس الالتزامات التي نشأت على عاتقه بسبب الفضـالة ، وقد سبق أن رأينا أن الفضـالة تتحقق حتى ولو تبين أن الشـخص الذي تم العمل لمصـلحته هو غير الشـخص الذي قصد الفضولي أداء الخدمة له ، ويصدق هذا من باب أولى على ورثة رب العمل ، فالمهم هو أن يكون العمل لحساب شخص من الغير ، ولا أهمية لأن يكون هذا الشخص معينا بالذات ، أو أ، يكون هو نفس الشـخص الذي قصـد الفضـولي أداء العمل لمصـلحته أو ورثة هذا الشـخص . (المراجع المشار إليها) .**

《 المـــادة ١٩٥ 》

" يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل ، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضـولي لحسـابه وأن يعوضـه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضـرورية والنافعة التي سـوغتها الظروف مضـافاً إليها فوائدها من يوم دفعها . وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولي أجراً علي عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني ١٦١-١٦٤ ، الليبي م١٩٨ ، السوري م١٩٦ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن " يلزم رب العمل أولاً بالوفاء بما تعهد به الفضولي ، وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين : فإذا كانت هذه التعهدات (الناشئة عن الفضالة) قد تولى عقدها الفضولي باسم رب العمل ، بأن أضاف العقد إليه ، التزم هذا بها مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة ، وبهذا يصبح رأسا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي . أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصيا ، بأن أضاف العقد الى نفسه ، لا الى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائنا أو مدينا لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته الى الفضولي ، ولكن رب العمل يلزم بتعويضه عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب (يراعى أن المراد أن يكون التعويض على أساس الإثراء بلا سبب لا أن يقدر بأقل القيمتين) والأصل لا يستحق أجر على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقة بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل ، ويلزم رب العمل أضير بتعويض الفضولي تعويضا عادلا يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل ، ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسبا مع ما لم يستطع الفضولي إنقاذه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية ، ويقوم حق الفضولي في اقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من افتقار .

﴿ الشـــرح ﴾

- التزامات رب العمل أربعة : أولها : التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي نيابة عنه : إذا كان العمل الذي قام به الفضولي هو تصرف قانوني أبرمه باسم رب العمل ، فإن آثار هذا التصرف تعود مباشرة الى رب العمل فيصبح هو الدائن في العقد الذي أبرمه الفضولي ، ويصبح هو المدين كذلك في هذا العقد ، أما الفضولي فلا ينشأ في ذمته أى حق أو التزام ، وهذا الحكم هو تطبيق لفكرة النيابة ، وقد طبقها المشرع صراحة على الفضالة في نص المادة ١٩٥ السابق ذكرها ، والنيابة هنا نيابة قانونية مصدرها القانون ، وإذا كانت الالتزامات الناشئة عن العقود التي يبرمها الفضولي باسم رب العمل تنشأ مباشرة في ذمة هذا الأخير ، فمعنى ذلك أنه عليه واجب تنفيذ هذه الالتزامات اختيارا ، وإلا أجبر على تنفيذها قهرا ، وثانيها : التزام رب العمل بتعويض الفضولي عن التعهدات التي أبرمها باسمه شخصيا : ويكون هذا إذا لم يتعاقد الفضولي باسم رب العمل ، ولكنه تعاقد باسمه شخصيا ، ففي هذه الحالة يظل رب العمل أجنبيا عن العقد ولا تنصرف

إليه آثاره ، ويكون الفضـولي هو وحده المدين في هذا العقد ، فإذا اضـطر الى أداء شـيء من ماله تنفيذا للعقد الذي أبرمه ، كأن يكون قد اتفق مع مقاول على ترميم المنزل المملوك لرب العمل ، ودفع للمقاول أجرة المقاولة فإنه يرجع على رب العمل بما دفعه ، وبالفوائد القانونية عن هذا المبلغ محســوبة من وقت الدفع ، وثالثها : الالتزام برد النفقات الضــرورية والنفقات النافعة : إذا اتفق الفضــولي في القيام بأعمال الفضــالة نفقات ضـرورية أو نافعة كتلك التي ينفقها في ترميم منزل أو جنى محصــول يســرع إليه التلف أو تخزين هذا المحصــول ، فإنه يرجع بها على رب العمل مع فوائدها القانونية من وقت دفعها ، ولكن يشـترط أن تكون هذه المصـروفات بالقدر الذي تقتضـيه الظروف فلا يبالغ فيها دون مبرر ، أما إذا كانت المصــروفات كمالية فلا يرجع بها الفضــولي طبقا لأحكام الفضـالة ، ومما يدخل في المصـروفات الضـرورية أو النافعة . أجر الفضـولي إذا كان العمل الذي قام به مما يدخل في نطاق مهنته ، كالمحامي الذي يقطع تقادم حق شـخصـي ، أو يقيد رهن أو يجدد القيد .... الخ ، أو الطبيب الذي يعالج مريضــا ، أما إذا قام المحامي أو الطبيب بترميم منزل أو جنى محصــول فهو لا يتقاضــى أجرا عن عمله ، ورابعها : الالتزام بتعويض الفضــولي عن الضرر الذي لحقه : إذا لحق الفضـولي ضـرر وهو يقوم بالعمل الذي يؤديه لمصـلحة رب العمل كأن تتلف منقولات يملكها وهو يطفئ حريقا شب في منزل جاره ، أو يصاب بجروح أو حروق من جراء قيامه بذلك ، ولم يكن هذا الضـرر من الممكن توقيه ببذل عناية الرجل العادي ، فإنه يكون عنصـرا من عناصر التكاليف التي تحملها الفضـولي وهو يؤدي الفضـالة ، ويلتزم رب العمل بتعويضـه عنها ، ويلاحظ أنه إذا تعدد رب العمل فلا يكون هناك تضــامن بينهم في رجوع الفضــولي عليهم ، لأن المشــرع لم نص على التضــامن في هذه الحالة ، والتضـامن لا يقوم إلا بمقتضـى اتفاق أو نص ، وعلى عكس ذلك فقد نص المشـرع على التضـامن بين الفضـوليين إذا تعددوا كما سـبق أن رأينا م١٩٢/٣ . (تناغو ص٤٤٩ وما بعدها ، مرقص ، مرجع سابق ، وانظر السنهوري ، مرجع سابق)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " للوارث الرجوع على باقي الورثة بما يخصـهم من الدين الذي وفاه – عن التركة – كل بقدر نصـيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشـخصـية فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن في نفس الدين الذي أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصـــائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملا بالمادة ٣٢٩ من القانون المدني فإذا كانت الفائدة المقررة للدين ٢٪ فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كان رجوعه بالدعوى الشـخصـية فيكون على أسـاس الفضـالة أو الإثراء بغير سـبب فإن أثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سـبب فله أقل قيمتى الافتقار الذي لحقه مقدرا بوقت الحكم والإثراء الذي اصـاب المدعى عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائي . أما إن رجع بدعوى الفضـــالة فيســتحق طبقا للمادة ١٩٥ من القانون المدني النفقات الضـرورية والنافعة التي سـوغتها الظروف مضـافا إليها فوائدها من يوم دفعها أى من وقت الانفاق ، وإذ

كان الطاعن قد أسس دعواه على أنه قام بسداد الدين الباقي للدائنة بعد أن اتخذت إجراءات نزع الملكية ورفع الدعوى ... لإلزام المطعون ضدها بأن تدفع له نصيبها في الدين والفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل في طلب الفوائد فأقام الدعوى المطعون في حكمها للمطالبة بتلك الفوائد ، وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند في دعواه الى الفضالة فهى التي تعطيه الحق في الفوائد من تاريخ إنفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التي كانت تستحقها الدائنة وهى ٢٪ حتى يمكن القول باستناده لدعوى الحلول ،كما أنه لم يطلب الفوائد من تاريخ الحكم النهائي طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب وأوضح اضطراره لسداد الدين توقيا لإجراءات التنفيذ العقاري بدين لا يقبل الانقسام بالنسبة للمدنين وهو أحدهم مما تستقيم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤٪ من تاريخ الإنفاق وهو سابق على التاريخ الذي جعله بدءاً لطلبها ، فإن الحكم – إذ خالف ذلك بأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما لا يستقيم مع طلباته فيها – يكون مخطئا في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

﴿ المــــادة ١٩٦ ﴾

" إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثري به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع . أما رب العمل فتبقي مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، اللبناني م١٥١/٢ ، السوري م١٩٧/١ ، الليبي م١٩٩/١ .

وقد جاء عنها بالمذكرة الإيضاحية بأن **" تفترض التزامات الفضولي ، وهى التزام المضى في العمل ، والتزام بذل عناية الشخص المعتاد ، والتزام تقديم الحساب ، توافر أهلية التعاقد فيه ، مادام وضعه يماثل وضع الوكيل من هذا الوجه ، وتفريعا على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسي الإيطالي بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلا للإلتزام بطريق الفضالة ، أما ما يترتب من الالتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضي فيه أهلية ما ، فتصبح النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصيل غير مميز ، وفي هذه الصورة يلزم الأصلي بأداء ما تحمل الفضولي من نفقات وتعويض من أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (والمراد تأسيس التعويض على قواعد الإثراء لا تقدير التعويض بأقل القيمتين) .**

﴿ الشــــرح ﴾

- أهلية الفضـــولي : وهذا النص يضـــع حكما لفرضـــين أولهما أن يكون الفضـــولي كامل الأهلية وثانيهما أن يكون الفضـولي ناقص الأهلية ، والفرض الثاني يعني أنه يجوز أن يكون الفضـولي ناقص الأهلية ، ولكن يشـــترط بالطبع أن يتوافر لديه التمييز والإدراك ، وهو في هذه الحالة يكون قادرا على القيام بشـأن رب العمل إذا كان عملا ماديا ، أو حتى إذا كان تصـرفا قانونيا بشـرط أن يعقده باسم رب العمل لا باسمه الشخصي ، أما التصرفات القانونية التي يبرمها الفضولي باسمه الشخصي والتي يكون رب العمل أجنبيا عنها فيشـــترط لإبرامها أن تتوافر في الفضـــولي أهلية الأداء اللازمة لإبرام هذه التصـرفات ، وإذا كان الفضـولي ناقص الأهلية فإنه يكون قادرا على تحمل الالتزام الأول وهو المضـــي في العمل الذي قام به ، والالتزام الثاني وهو إخطار رب العمل ، أما الالتزام الثالث وهو بذل عناية الرجل العادي ، والالتزام الرابع وهو تقديم حسـاب عن أعمال الفضـالة ، فلا تكون مسئولية الفضـولي عنهما كاملة ، ولا تكون مسئوليته في نطاق الفضـالة ، ولكن في نطاق الإثراء بلا سـبب ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الرجوع على الفضـــولي ناقص الأهلية بالتعويض إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة طبقا لأحكام الرجوع على ناقص الأهلية بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب ، وهو نفس الحكم الذي رأيناه كذلك بالنسـبة لاسـترداد غير المسـتحق من ناقصـي الأهلية ، ولكن إذا ارتكب ناقص الأهلية خطأ تقصـيريا ، فإنه يكون مسـئولا مسـئولية كاملة طبقا لأحكام المسـئولية التقصيرية إذ لا يشترط بالنسبة للمسئولية التقصيرية إلا الإدراك فقط وهو ما يتوافر لناقص الأهلية ، أما إذا كان الفضـــولي كامل الأهلية فهو يكون مسـئولا مسـئولية كاملة في نطاق الفضـــالة ، ولكن القاضي قد يخفف من هذه المسئولية مراعاة لدافع التطوع الذي دفع الفضولي إلى العمل لمصلحة رب العمل ، وبشرط ألا يصدر من الفضولي خطأ جسيما ، وقد سبق أن درسنا هذا الحكم (م١٩٢ مدني) . (السنهوري ، مرجع سابق ، تناغو ، مرجع سابق ، مرقص ، مرجع سابق ، الصدة ، مرجع سابق)
- أهلية رب العمل : لا يشـــترط أن تتوافر في رب العمل أهلية الأداء ، أو حتى مجرد الإدراك والتمييز ، لأن مصـدر التزامات رب العمل هى الفضـالة وهى تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سـبب وقد سـبق أن رأينا أن المدين يلتزم بتعويض المفتقر حتى ولو كان غير مميز (م١٧٩ مدني) وقد طبق المشـرع هذا الحكم على الفضـالة بنص خاص ، وهو ما تقرره المادة ٢/١٩٦ أما رب العمل فتبقى مسـئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد ، ولكن يلاحظ أنه إذا أبرم الفضـولي تصـرفا قانونيا باسم رب العمل ونيابة عنه ، فإنه يشترط أن تتوافر في رب العمل أهلية الأداء لإبرام مثل هذا التصرف ، وإلا فإن آثاره لا تنصرف إليه .
- أثر موت الفضـــولي أو موت رب العمل على التزامات رب العمل : الواقع أن موت الفضـولي لا يؤثر شيئا على التزامات رب العمل الذي يصبح ملتزما في مواجهة ورثة الفضولي بنفس الالتزامات التي كان يتحملها في مواجهة الفضـولي ، وكذلك فإن موت رب العمل لا يؤثر شـيئا في التزاماته ، إذ أنها تنتقل الى ورثته فيلتزمون بها في مواجهة الفضـولي ، ولكن في حدود التركة بطبيعة الحالة .

﴿ المـــادة ١٩٧ ﴾

" تسقط الدعوي الناشئة عن الفضالة بإنقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك في جميع الأحوال بإنقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص المواد العربية ، الليبي م٢٠٠ ، السوري م١٩٨.

﴿ الشـــرح ﴾

- ســقوط التزامات الفضــولي بالتقادم : **وهذا النص يحدد مدة تقادم الالتزامات الناشــئة عن الفضـالة سـواء في ذلك التزامات الفضـولي أو التزامات رب العمل ، وبالنسـبة لالتزامات الفضـولي فإنها تتقادم بأقصـر الأجلين ثلاث سـنوات أو خمس عشـرة سـنة ، ومدة الثلاث سـنوات تبدأ من الوقت الذي يعلم فيه رب العمل بحقه في الرجوع على الفضولي سواء لإجباره على التنفيذ العيني ، أو التنفيذ بطريق التعويض ، أما مدة الخمس عشـرة سـنة فتبدأ من الوقت الذي ينشـأ فيه حق رب العمل ، والغالب أن تكون مدة الثلاث سنوات أقصر من مدة الخمس عشرة سنة ولكن قد يحدث العكس أيضا .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" متى توافرت شروط الفضالة المنصوص عليها في المادة ١٩٤ من القانون المدني (القديم) كان للفضـولي أن يطالب رب العمل بالمصـاريف التي صـرفها والخسـارات التي خسرها والتزام رب العمل في هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولي ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل ومن ثم يبدأ سقوط حق الفضولي في اسـترداد المصـروفات التي صـرفها من وقت قيامه قصـدا بالفعل الذي ترتب عليه منفعة رب العمل " (نقض ١٩٥٣/٣/١٢ ج٢ في ٢٥ سنة ص٨٧٧)**

الفصـــل الخامـس

﴿ المـــادة ١٩٨ ﴾

" الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصـــوص المواد العربية ، اللبناني م١٢٠ ، الســوري م١٩٩ ، العراقي م٢٤٥ ، الليبي م٢٠١ .

﴿ الشـــــرح ﴾

- القانون مصـــــدر لجميع الالتزامات : القانون كما نعلم يعتبر مصـــدرا لجميع الالتزامات ، فلالتزامات الناشـئة عن العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشـروع أو الإثراء بلا سـبب ، مصـدرها القانون ، غاية الأمر أن القانون يعتبر بالنسـبة لها مصـدرا غير مباشـر ، إلا أن هناك من الالتزامات ما يعتبر القانون بالنسبة لها مصـدرا مباشـرا وهذه الالتزامات تنشأ دون تدخل من جانب المدين أى دون عمل إيجابي أو سـلبي منه ، والقانون لا يعتبر مصـدرا مباشـرا للالتزام إلا إذا أنشأ بنص خاص ، وهذا النص هو الذي يحدد أركان هذا الالتزام ويبين أحكامه ، ولذا يتعين دراسـة كل التزام قانوني بالمعنى الضـيق في الموضـع الذي جاء فيه النص المنشئ له ، والذي يعنينا هنا هو أن نشـير الى أن القواعد التي تحكم الالتزامات القانونية بالمعنى الضـيق هى بصـفة عامة ذات القواعد التي تحكم الالتزامات غير الإرادية ، وأهم ما تتصـف به هذه أنه لا يشـترط لها أية أهلية في الملتزم للالتزام بالنفقة يقع على عديم الأهلية كما يقع على كاملها . (تناغو ، بند ٥٩٥)
- تطبيقات الالتزامات القانونية : لا تقتصر الالتزامات القانونية بالمعنى الضيق على فرع معين من فروع القانون ، بل نجدها في القانون المدني ما تعلق منه بالأحوال الشخصية وما تعلق منه بالأحوال العينية ، كما نجدها في باقي فروع القانون الخاص ، بل وفي فروع القانون العام وعلى الأخص القوانين المالية والضرائبية .

وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادة الثامنة من القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٧٦ يدل على أن المشرع فوض السلطة التنفيذية في شخص وزير المالية في إحلال الجهات الحكومية وشركات القطاع العام والهيئات العامة محل المؤسسات الملغاة في حق إيجار الأماكن دون موافقة المالك خلافا لما هو مقرر في القانون ، ورائد المشـــرع في ذلك رعاية مصـلحة الدولة الاقتصـادية ، يؤيد ذلك ما جاء بتقرير اللجنة الاقتصـادية بمجلس الشـعب عن مشـروع القانون رقم ١١٢ لســـنة ١٩٧٦ من أن الهدف من هذه الإضـــافة هو إعطاء الدولة الحق في تأجير الأماكن التي كانت تشـغلها المؤسـسـات العامة الملغاة للمسـتثمرين الأجانب الذين يرغبون في اسـتثمار أموالهم في جمهورية مصر العربية وذلك مساهمة في دفع سياسة الانفتاح الاقتصـادي التي تقضي توفير الأماكن المناســبة مما يتطلب إعطاء الدولة حق التأجير دون موافقة المالك ، خاصـــة وأن هناك أزمة شـــديدة في إيجار الأماكن . لما كان ذلك ، وكان النص في المادة ١٩٨ من القانون المدني على أن " الالتزامات التي تنشأ مباشـرة عن القانون وحده تسـري عليها النصـوص القانونية التي أنشـأتها فإنه يتعين الرجوع لأحكام القانون رقم ١١١ لسـنة ١٩٧٥ المعدل بالقانون رقم ١١٢ لسـنة ١٩٧٦ في كل ما يتعلق بإحلال الغير محل المؤسـسـات الملغاة في حق إيجار الأماكن التي كانت تشـغلها ، وتحديد مدى

الالتزامات الناشئة عن ذلك وتعيين آثارها ، ولما كان التي في المادة الثامنة سالفة البيان لم يحدد ميعادا لتصفية المؤسسات الملغاة بل جاء التحديد قاصرا على الفترة التي يتم فيها الإلغاء ومدته ستة أشهر من تاريخ العمل بالقانون رقم ١١١ لسنة ١٩٧٥ ومن ثم يجوز لوزير المالية إحلال الغير في حق الإيجار للمؤسسات الملغاة باعتبار أن التصرف في حق الإيجار أن يعتبر المكان المؤجر متجرا في حكم القانون إذ جاء النص صريحا في إلغاء المؤسسات التي لا تباشر نشاطا بذاتها كما لا يشترط في الجهة التي تؤول إليها الحق في الإيجار ممارسة الأعمال التجارية فقد جاء النص صريحا في إجازة إحلال جهات الحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام " (الطعن رقم ٦٩١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٦)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن " لئن أناط المشرع بإدارة نزع الملكية بمصلحة المساحة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإتمام نزع ملكية العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة بما فيها تقدير التعويض لذوي الشأن وأدائه إليهم بعد اقتضائه من الجهة المستفيدة مما يستتبع بالضرورة توجيه المطالبة بالتعويض قبلها إلا أن ذلك كله رهين بإتباع الإجراءات التي يتطلبها القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ فيعتبر القانون في تلك الحالة مصدر التزامها بالتعويض عن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة . أما إذا لم تلتزم الجهة المستفيدة أحكام ذلك القانون وإجراءاته فإن استيلائها على العقار جبرا عن صاحبه يكون بمثابة غصب يرتب مسئوليتها ويخول لصاحب العقار الذي وقع عليه الغصب مطالبتها بالتعويض شأنه شأن المضرور في مقاضاة المسئول عن العمل غير المشروع . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن الهيئة الطاعنة لم تتخذ الإجراءات القانونية التي أوجب القانون إتباعها في نزع ملكية ما تم استطراقه في أعمال توسعة وإنشاء طريق مدينة العامرية الجديدة من العقار المملوك لمورث المطعون ضدهم وفقا لما جاء في الرد على الوجه الأول من الطعن الأول مما يعد معه استيلائها عليه غصبا يرتب مسئوليتها المباشرة عن تعويض الملك المذكور عن فقد هذا الجزء من ملكه دون الإدارة سالفة البيان وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " (الطعنان رقما ٤٧٩٨ ، ٤٨٥٠ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٣/٧/٢٨) وبأنه " القانون – وليس العمل غير المشروع – هو مصدر الالتزام بالتعويض عند الاستيلاء على العقار دون إتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية للمنفعة العامة ، ولا ينال من ذلك أن هذه المحكمة قد وصفت هذا الاستيلاء في بعض أحكامها بأنه يعتبر بمثابة غصب إذ أن ذلك كان بصدد تحديد الوقت الذي تقدر فيه قيمة العقار لبيان مقدار التعويض الذي يستحقه مالكه وإقامة الاعتبارات التي تبرر تقدير قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه ، أو في مقام تبرير أحقية مالك العقار المستولى عليه – بهذه الصورة – في المطالبة

بريعه من تاريخ الاســتيلاء وحتى صــدور مرســوم نزع الملكية أو الحكم نهائيا بقيمته بناء على طلب صـاحبه ، أو في مقام صـدور قرار إداري بالاستيلاء صـدر من شـخص لا سـلطة له إطلاقا في إصـداره ومشوبا بمخالفة صارخة للقانون بما يجرده عن صفته الإدارية ويغدو معه الاستيلاء على هذا النحو غصبا واعتداء ماديا " (الطعن رقم ٦٣١ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٧)

- وفي مجال القوانين المالية : نجد الالتزامات القانونية بدفع الضـرائب سـواء ما فرض منها على العقار أو المنقول أو كسـب العمل أو الإيراد العام ، وبالنسـبة الى كل من هذه الالتزامات نرجع الى القانون الخاص بها ، فهذا القانون هو الذي يحدد أركان الالتزام ويبين حكمه .

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " الالتزام بالضريبة ليس التزاما عن التعبير المتبادل عن إرادتين متطابقتين ، بل مرد هذا الالتزام الى نص القانون وحده ، فهو مصــدره المباشــر – وهو ما يملكه ولى الأمر ويجد دليله الشرعي في رعاية مصلحة الجماعة التي يمثلها – وإذ تتدخل الدولة لتقرير الضـريبة وتحصـيلها ، فليس ذلك باعتبارها طرفا في رابطة تعاقدية أيا كان مضـمونها ، ولكنها تفرض – في إطار القانون العام – الأسس الكاملة لعلاقة قانونية ضـريبية لا يجوز التبديل أو التعديل فيها بالاتفاق على خلافها ، ولا يعني إقرار السـلطة التشـريعية لضـريبة معينة ، أن الخاضـعين لها قد أنابوها عنهم في القبول بها ، وأن علاقتهم في مجالها هى علاقة تعاقدية أو شــبه تعاقدية ، ذلك أن إقرار الســلطة التشـريعية لتنظيم معين ، إنما يتم في إطار ممارسـتها لولايتها المسـتمدة مباشـرة من الدسـتور والتي لا يجوز لها النزول عنها ، وتأتي الضريبة العامة في موقع الصدارة من مهامها لاتصالها من الناحية التاريخية بوجود المجالس التشـريعية ذاتها ، ولما ينطوي عليه فرضـها من تحميل المكلفين بها أعباء مالية يتعين تقريرها بموازين دقيقة ، ولضـرورة تقتضـيها ، ولو كان حق الدولة في اسـتداء الضـريبة ناشـئا عن علاقة تعاقدية أو أية علاقة أخرى تشــتبه بها ، لكان لها حق التخلي عنها وإســقاطها باتفاق لاحق ، وهو ما يناقض حقيقة أن الضريبة العامة لا يفرضـها إلا القانون ، ولا يتقرر الإعفاء منها إلا وفقا لأحكامه على ما تقضي به المادة ١١٩ من الدستور " (الدعوى رقم ٣٥ لسنة ١١ق "دستورية" جلسة ١٩٩٢/١١/٧)

- وفي نطاق الأسـرة نجد الالتزام بالنفقة : وقد رتبه القانون على علاقة القرابة أو الزوجية ، كما نجد التزامات الأولياء والأوصياء والقوام ، وأخيرا الواجبات بين الزوجين وبين الأصول والفروع مما أتت به قوانين الأحوال الشــخصــية ، وفي نطاق الأحوال العينية نجد التزامات الجوار التي قررها القانون لصالح الجيران أنفسهم ، من حيث عدم مجاوزة مضار الجوار العادية (م٨٠٧) ومن حيث

ما فرضه بالنسبة الى الحائط المشترك (م٨١٤) وفي الملكية الشائعة فرض القانون التزامات قانونية لحماية كل مشتاع (م٨٢٧ وما بعدها) .

آثـــار الالتـــزام

﴿ المـــادة ١٩٩ ﴾

" ١- ينفذ الالتزام جبرا علي المدين.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية، المادة ٢٠٠ سـوري، المادة ٢٠٢ ليبي، المادة ٢ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٧٤ والفقرة الأولي من المادة ٢٧٥ من المشروع التمهيدي علي الوجه الآتي: "م٢٧٤-يجبر المدين علي تنفيذ التزامه، م٢٧٥ فقرة أولي-ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا، فإن المدين لا ينفذه إلا باختياره"، وفي لجنة المراجعة أدمج النصـان في نص واحد هو المادة ٢٠٥ من المشـروع النهائي، علي الوجه الآتي: "١-ينفذ الالتزام جبرا علي المدين. ٢-ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه" ووافق مجلس النواب علي النص كما هو، ثم وافق مجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٩. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٦-ص٤٩٧).

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه"قسـمة الالتزام الطبيعي هي اجتماع مكنه ترتيب الأثر القانوني وفكرة انتفاء الجزاء، وإذا كان من غير الميسـور بيان صـور الالتزام الطبيعي علي سـبيل الحصـر، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقديرها القضـاء، ليقرر في أي الأحوال وبأي الشـروط يعتبر الواجب الأدبي واجبا يعترف به القانون. وليس يحد من سلطان القضاء في هذا الشأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأي حال متى كان مخالفا لهما، ويختلف عن ذلك شأن ما يترتب علي الالتزام الطبيعي من آثار، فمن الميسور تحديدها تحديدا تقريبيا، ولاسيما أنها جد قليلة، وتنحصر هذه الآثار في أمرين لا أكثر، أولهما أن أداء المدين اختيارا لما يجب عليه بمقتضي التزام طبيعي يكون له حكم الوفاء ولا يعتبر تبرعا، والثاني أن هذا الالتزام يصـلح سـببا لالتزام مدني، وفيما عدا هذين الأثرين لا يترتب الالتزام الطبيعي أي أثر آخر، فلا يجوز علي وجه الخصوص أن يقاص في التزام مدني أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية.

﴿ الشـــرح ﴾

- **التنفيذ الجبري : الأصـل براءة ذمة الشـخص، إلي أن يقوم الدليل القانوني علي انشـغالها، ومتى أقام الدائن هذا الدليل، تحمل المدين عبء إثبات انقضاء الالتزام الذي انشغلت به ذمته، ويخضع**

هذا الإثبات للقواعد العامة، فإذا تمكن من ذلك، انقضـــي التزامه، أما إن لم يتمكن، ظل مدينا وتعين عليه تنفيذ التزامه رضاء، فإن امتنع استصدر الدائن حكما أو أمرا بإلزام المدين بهذا التنفيذ، وحينئذ يجوز تنفيذه جبرا بالالتجاء إلي السلطة العامة (أنور طلبه ص١٤٨)، ويجري التنفيذ الجبري بواسطة السلطة العامة. والموظف المختص عادة بهذا التنفيذ هو المحضر الذي يتولي عمله تحت إشراف القضاء. وأما يكون التنفيذ الجبري مباشرا أي عينيا كما هو الشأن في إخلاء مكان جبرا عن المدين، أو يكون عن طريق الحجز والبيع الذي يحقق للدائن اســـتيفاء حق من ثمن مال المدين الذي تم بيعه بعد الحجز عليه ونزع ملكيته (أنور سلطان في رابطة الالتزام ص١٤٦)، فإن استحال تنفيذ الالتزام عينيا، جاز تنفيذه بطريق التعويض بشرط أن يقضي بهذا التعويض علي التفصيل الذي سوف تتناوله فيما بعد، وطالما ظل الالتزام قائما، فإنه يكون التزاما مدنيا وبالتالي يجوز تنفيذه جبرا علي المدين. والتنفيذ الجبري يتطلب أن يكون بيد الدائن سند تنفيذي **(titre executoire)**. والســـندات التنفيذية هي الأحكام والأوامر والعقود الرســـمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة (م٤٥٧ مرافعات). وهنا تظهر أهمية التفرقة بين السندات الرسمية والسندات العرفية، فالســندات الرســمية وهي ما يقوم بتوثيقه موظف مختص وفقا للأوضـاع التي يتطلبها القانون، يجوز للدائن التنفيذ بمقتضاها، علي حين أنه يتعين الالتجاء إلي القضاء لاستصدار حكم أو أمر (م٨٥١ مرافعات) للتنفيذ بموجبه إذا كان ما بيد الدائن ســند عرفي، ومن باب أولي إذا لم يكن بيده محرر مثبت لحقه (أنور سلطان ص١٤٧).

- الالتزام الطبيعي والالتزام المدني : رأينا أن المادة ١٩٩ مدني قد قضت علي أنه: "١- ينفذ الالتزام جبرا علي المـدين. ٢- ومع ذلـك إذا كـان الالتزام طبيعيـا فلا جبر في تنفيـذه". فيتبين من نص هذه المـادة الفرق بين الالتزام الطبيعي والالتزام المـدني، فـالأول لا جبر في تنفيـذه، أمـا الثـاني فيجبر المـدين فيـه علي التنفيـذ، وهـذا التمييز يرجع إلي أثر الالتزام من حيث جواز إجبـار المـدين علي تنفيذ التزامه، ومن ثم اســتطاع التقنين الجديد أن يجد مكانا صــالحا للالتزام الطبيعي يبين فيه حالاته ويبسـط أحكامه. كما أن الالتزام الطبيعي التزام ناقص يفتقر إلي عنصــر المســئولية والجزاء، أما الالتزام المدني فهو التزام يتحلل-إلي عنصـرين: الأول هو عنصـر المديونية أو الواجب والثاني هو عنصـر المسئولية أو الجزء. أما الالتزام الطبيعي فهو لا ينطوي إلا علي عنصــر واحد، هو عنصــر الواجب أو المديونية. فمن الواجب علي المـدين في التزام طبيعي أن يوفي بـالتزامـه، ولكن إذا تخلف عن الوفاء بـه فلا يجبر علي ذلك. ونرى من ذلك أن الالتزام الطبيعي هو واجب أدبي ارتفعت منزلته في نظر القانون حتى قارب أن يكون التزاما مـدنيا، فهو وســـط ما بين المرتبتين: ســـما عن أن يكون مجرد التزام أدبي **(devoir moral)**، ولم يبلغ أن يصـــير التزامـا مـدنيـا **(obligation civile)** فهو التزام طبيعي **(obligation naturelle)** يعترف بـه القانون فيرتفع بـه عن الواجب الأدبي، ولا يترتب عليـه إلا بعض الآثار فينزل به دون الالتزام المدني. والالتزام الطبيعي يرجع أصله إلي الواجب الأخلاقي من ناحية وإلي الالتزام المـدني من نـاحيـة أخرى. فهو إمـا واجـب أخلاقي ارتفع في نظر القـانون إلي درجـة تبرر

الاعتداد به، دون أن يصـــل مع ذلك إلي مرتبة الالتزام المدني. أو هو بحســـب أصـــله التزام مدني انخفضـــت قيمته في نظر القانون، فأصـــبح لا يترتب علي الإخلال به أي جزاء، ولكنه لم يصـــل في انخفاضـه إلي درجة الواجب الأخلاقي الذي لا يعتد به القانون إطلاقا (الدكتور سـمير عبد السـيد تناغو المبادئ الأساسية في نظرية العقد وأحكام الالتزام منشأة المعارف ص٢٠٧ وما بعدها).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: "اختص المشروع الالتزامات الطبيعية بمواد أربع، ويراعي أن هذه الالتزامات تمتاز عن غيرها، بوجه خاص، بما يكون لها من آثار قســـمة الالتزام الطبيعي هي اجتماع مكنة ترتيب الأثر القانوني وفكرة انتفاء الجزاء، ولهذا كان الباب المعقود لآثار الالتزام خير موضع لأحكامها، ومهما يكن من أمر هذا الوضع، فليس شك في أنه يفضل وضعها في التقنين الحالي (السابق) حيث أجملت كل الإجمال، في معرض القواعد الخاصة بدفع غير المستحق انظر المادة ٢٠٨/١٤٧ من التقنين المصري (السابق) وإذا كان من غير الميسور بيان صور الالتزام الطبيعي علي سبيل الحصر، فليس ثمة بد من أن يترك أمرها لتقدير القضاء ليقرر في أي الأحوال وبأي الشـــروط يعتبر الواجب الأدبي واجبا يعترف به القانون وليس يحد من ســـلطان القضـــاء في هذا الشـــأن إلا وجوب مراعاة النظام العام والآداب، فلا يجوز له إقرار الالتزام الطبيعي بأي حال متى كان مخالفا لهما: انظر المادة ٢٠٦ فقرة ٢ من المشـــروع، ويختلف عن ذلك شـــأن ما يترتب علي الالتزام الطبيعي من آثار، فمن الميسور تحديدها تحديدا تقريبا، ولاسيما أنها جد قليلة، ومن المأثور أن الالتزام الطبيعي في القانون الحديث يفترض عن صـــورة عند الرومان بأنه أكثر صـــورا في نطاق التطبيق، وأقل إنتاجا في نطاق الآثار، وهو بهذا يعوض في ناحية ما يفوته في الناحية الأخرى، وتنحصـر هذه الآثار في أمران لا أكثر: أولهما أن أداء اليمين اختيارا لما يجب عليه بمقتضـي التزام طبيعي يكون له حكم الوفاء ولا يعتر تبرعا: المادة ٢٠٧ من المشروع، والثاني أن هذا الالتزام يصـلح سببا لالتزام مدني، وفيما عدا هذين الأثرين لا يرتب الالتزام الطبيعي أي أثر آخر، فلا يجوز علي وجه الخصـــوص أن يقاص في التزام مدني أو أن يكفل كفالة شخصية أو عينية" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٥-ص٤٩٦).

وقد قضـت محكمة النقض بأن "الالتزام لا ينقضي بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاما مدنيا واجب الوفاء إلي أن يدفع بتقادمه، فإذا انقضـــي الالتزام المدني بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعي في ذمة المدين. ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التي تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقادم، فإن مؤدي ذلك أن يبقي الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين بأداء الدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعي" (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨).

﴿ المـــادة ٢٠٠ ﴾

" يقدر القاضـــي، عند عدم النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي. وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٠١ ســـوري، المادة ٢٠٣ ليبي، المادة ٣ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٧٥ من المشـروع التمهيدي علي الوجه الآتي: "ويقرر القاضـي، عند عدم النص، متى يعتبر الواجب الأدبي التزاما طبيعيا، وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام"، وفي لجنة المراجعة جعلت هذه الفقرة مادة مســـتقلة مع تحوير في اللفظ جعلها مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقمها ٢٠٦ في المشـروع النهائي، ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشـيوخ تحت رقم ٢٠٠ (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٢ ص٤٩٨- ص٤٩٩).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي "..... **أن الفقه يقسم تطبيقات الالتزام الطبيعي تقسيما سهل المأخذ، فيردها إلي طائفتين: تنظم أولاهما ما يكون أثرا تخلف عن التزام مدتي تناسخ حكمه، كما هو شأن الديون التي تسقط بالتقادم أو تنقض بتصالح المفلس مع دائنيه، أو يقضي ببطلانها لعدم توافر الأهلية. ويدخل في الثانية الشـــخص الاتفاق علي ذوى القربى ممن لا تلزمه نفقتهم قانونا، والالتزام بإجازة شخص علي خدمة أداها. ويتعين علي القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدي وأن يثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقي في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلي مرتبة الالتزام الطبيعي، وأن يســتوثق في النهاية من أن إقراره علي هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام".**

﴿ الشـــــرح ﴾

- اختصـــاص القاضـــي بتقدير وجود الالتزام الطبيعي في حالة عدم وجود نص: **هناك حالات ينص فيها المشرع علي وجود الالتزام الطبيعي. وحينئذ لا تكون هناك سلطة تقديرية للقاضي في تقدير وجود الالتزام الطبيعي. ومثل ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولي من المادة ٣٨٦ من أنه: "يترتب علي التقادم انقضـــاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي"، وكذلك نص المادة ٤٨٩ الواردة في الهبة من أنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، فلا يجوز هم أن يستردوا ما سلموه"، وفيما عدا الحالات التي يوجد فيها نص خاص علي وجود التزام طبيعي يكون للقاضي سلطة تقدير وجود الالتزام الطبيعي في كل حالة على حدة.**

- عناصــر الالتزام الطبيعي : للالتزام الطبيعي عناصــر ثلاثة هي: (العنصــر الأول) واجب أدبي يتميز في نطاق محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ، فيخرج بذلك من دائرة الإبهام والغموض التي تغمر عادة منطقة الواجبات الأدبية إلي دائرة التحديد بالوضوح التي تميز منطقة الالتزامات المدنية، وهذا الواجب الأدبي إما أن يكون في أصله التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا لسبب قانوني منع من أن يترتب عليه كل آثاره، أو أن يكون منذ البداية واجبا أدبيا أصـــبح التزاما طبيعيا لتوفره علي العناصر الثلاثة هذا الالتزام. وهذا العنصر الأول هو العنصر المادي، وفيه يسترشد القاضي بآداب الجيل من ناحية القابلية لتنفيذ في العمل (الســنهوري ص٦٦٦). (العنصـــر الثاني) اعتقاد المدين عند وفائه هذا الواجب الأدبي أو عند تعهده بالوفاء به أن هذا الواجب قد بلغ من القوة الحد الذي يجعله التزاما طبيعيا لا واجبا أدبيا فحســـب. ولا يكفي أن يكون هذا الإحســـاس قائما فعلا عند المدين فيما يحســه الفرد من وجوب الوفاء بواجب أدبي لا يرتفع بهذا الوصــف إلي مرتبة الالتزام الطبيعي إذا لم يكن هذا هو الشعور الجماعي لبيئة التي يعيش فيها. فمثلا من أحسن إلي جار فقير يعتبر متبرعا ولو أعلن أنه لا يعتبر نفســـه تبرعا بل مؤديا لالتزام طبيعي، بل ولو كان هذا الإعلان مطابقا للحقيقة بســبب ما يتميز به من إحســاس مرهف. وعلي العكس يعتبر قيام الأب تجهيز بناته عند الزواج تنفيذا لالتزام طبيعي، لأنه اســـتجابة لواجب خلقي تعارفت الجماعة علي وجوب الوفاء به. فالمعيار هنا موضـــوعي لا ذاتي. ويلاحظ أنه إذا كانت العبرة في وجود الالتزام الطبيعي بوعي الجماعة فإن آثار الالتزام الطبيعي– وهي لا تســـتبين إلا عند تنفيذه لا تترتب عليه إلا إذا شـــارك الفرد الجماعة شـــعورها بإلزامه (عزمي البكري ص٥٠٠)، والعبرة باعتقاد المدين هذا وقت وفائه بالواجب الأدبي أو وقت تعهده بوفائه، وأنه لا عبرة بوجود هذا الاعتقاد أو عدمه طالما لم يحصـــل وفاء أو تعهد بالوفاء، لأن أمر وجود الالتزام الطبيعي أو عدمه لا يثور إلا بعد حصـــول الوفاء أو التعهد وبمناســبة رغبة المدين أو ورثته في اســترداد ما وفي أو في عدم تنفيذ ما تعهد به (ســليمان مرقص أحكام الالتزام ١٩٥٧). (العنصـــر الثالث) عدم تعارض الالتزام الطبيعي مع النظام العام، تقول العبارة الأخيرة من المادة ٢٠٠ مدني عي أنه "في ك حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخاف النظام العام"، فمثلا إذا اتفق المتعاقدان علي سعر لفوائد يزيد عي ٧٪ ودفع المدين للدائن هذه الفوائد وهو يحس أنه يقوم بتعهده، فإن ما دفعه من الفوائد زائدا عي ٧٪ لا يجوز مع ذلك أن يكون التزاما طبيعيا، إذ هو يتعارض مع النظام العام، ويكون للمدين الحق في اســـترداد ما دفع من ذلك، وهذا ما قضـــت به الفقرة الأولي من المادة ٢٢٧ من التقنين المدني إذ تقول في العبارة الأخيرة منها: "فإذا اتفقا علي فوائد تزيد علي هذا الســعر وجب تخفيضـــها إلي ٧٪ ويتعين رد ما دفع زائدا عي هذا القدر". كذلك إذا خسر المدين في مقامرة أو رهان، ووفي ما خسره محسا أنه إنما يوفي دينا واجبا في ذمته فإن هذه الخســارة لا يجوز أن تكون التزاما طبيعيا، إذ أن دين القمار أو الرهان يتعارض مع النظام العام، وإذا وفاه المدين جاز له اســترداده، وهذا ما قضـــت به الفقرة

الثانية من المادة ٧٣٩ من التقنين المدني إذ تقول: "ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدي فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق". وإذا عقد شخص مع آخر اتفاقا مخالفا للنظام العام أو للآداب، كما لو اتفقا علي رشوة ودفعها المدين للدائن وهو يحس أنه يقوم بتعهده، فإن هذا لا يكون التزاما طبيعيا لتعارضه مع النظام العام، وفي رأينا أنه يجوز للراشي أن يسترد الرشوة من المرشو، وقد سبق أن فصلنا هذه المسألة في الجزء الأول من هذا الكتاب. وهذا العنصر الثالث هو عنصر المشروعية،وفيه يسترشد القاضي بالأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص العناصر الثلاثة للالتزام الطبيعي، ما يأتي: "ويتعين علي القاضي عند الفصل في أمر الالتزامات الطبيعية أن يتحقق أولا من قيام واجب أدبي، وأن يتثبت بعد ذلك من أن هذا الواجب يرقي في وعي الفرد أو في وعي الجماعة إلي مرتبة الالتزام الطبيعي، وأن يستوثق في النهاية من أن إقراره علي هذا الوجه لا يتعارض مع النظام العام، هذا وقد تشير بعض النصوص إلي تطبيقات من تطبيقات الالتزام الطبيعي، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولي من المادة ٥٢٣ من المشروع إذ قضت بأن الدين الذي ينقضي بالتقادم يتخلف عنه التزام طبيعي" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٩٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "يشترط لاعتبار الدين بعد سقوطه التزاما طبيعيا أن لا يكون مخالفا للنظام العام، ولما كان التقادم في المسائل الجنائية يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أي التزام طبيعي، وإذن فمتى كان الحكم قد قرر أن دفع الغرامة من المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعي لا يصح استرداده، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون" (طعن رقم ٩ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤).

﴿ المـــادة ٢٠١ ﴾

" لا يسترد المدين ما أداه باختياره قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٠٢ ســـوري، المادة ٢٠٤ ليبي، المواد ٤و ٦ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٧٦ من المشروع التمهيدي علي الوجه الآتي: "لا يسترد المدين ما أداه باختياره وفاء لالتزام طبيعي" وفي لجنة المراجعة حور النص تحويرا جعله أدق في الدلالة علي المعنى، فأصـــبح مطابقا لما اســـتقر عليه في التقنين الجديد، وأصـــبح رقم المادة ٢٠٧ في المشـــروع النهائي، ووافق مجلس النواب علي النص، ثم وافق عليه مجلس الشـــيوخ تحت رقم ٢٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٠٠-ص٥٠١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **"ويشـترط لصحة هذا الوفاء أن يقوم به المدين من تلقاء نفسه دون إجبار، وأن يكون حاصلا عن بينة منه أي وهو يدرك أنه يستجيب لمقتضي التزام طبيعي لا يكفل له القانون جزاء. فإذا تحقق هذا الشرط كان لأداء المدين حكم الوفاء لا حكم التبرع. ويتفرع علي ذلك نتائج أربع: أولها امتناع المطالبة برد ما دفع، فهو لم يؤد وفاء لدين غير مســـتحق أو تبرعا يجوز الرجوع فيه، وإنما أدي وفاء لما هو واجب دون أن تحدو نية للتبرع عليه. والثانية عدم اشـــتراط شكل خاص للوفاء بالالتزام الطبيعي، علي خلاف التبرعات فيغلب فيها اشتراط ذلك. والثالثة الاكتفاء في تنفيذ الالتزام الطبيعي بأهلية الوفاء بوجه عام دون اشـــتراط أهلية التبرع. والرابعة اعتبار أداء المدين وفاء لا تبرعا، وبوجه خاص فيما يتعلق بتطبيق أحكام الدعوى البوليصـــية وتصـــرفات المريض مرض الموت".**

﴿ الشـــرح ﴾

- الوفاء بالالتزام الطبيعي : **الالتزام إذا كان طبيعيا لم يجبر المدين علي تنفيذه، لانتفاء عنصـــر المسئولية من الالتزام، ولكن لما كان عنصـر المديونية موجودا كما قدمنا، فكل عمل اختياري يقوم به المدين قاصـــدا به الوفاء في الحال أو في المســـتقبل، بالالتزام الطبيعي، يكون عملا معتبرا ولا يجوز الرجوع فيه. علي أنه يشـترط لاعتبار أداء الالتزام الطبيعي وفاء بدين لا تبرع شـرطان: ١-أن تكون إرادة المدين خالية من العيوب، فإذا كانت إرادته معيبة بإكراه مثلا أو بغلط بأن اعتقد أنه يوفي بالتزام مدني لا طبيعي، جاز للمدين أن يسترد ما أوفاه بدعوى رد ما دفع بغير وجه حق. ٢- أن يكون المدين قد قصـــد بما أدى أن يوفي التزاما طبيعيا. فإذا توافر هذان الشـــرطان كان أداء**

الالتزام هنا وفاء بدين لا تنزع ويترتب علي ذلك. ١-لا يجوز للمدين اســترداد محل الوفاء، لأنه عندما قام بالوفاء عن بينة واختيار قاصــدا أن يوفي التزاما طبيعيا، يكون قد دفع المســتحق عليه وليس متبرعا به، ويســتوي أن يكون الوفاء كليا أو جزئيا. ٢-يعتبر تنفيذ الالتزام وفاء وليس تبرعا ومن ثم لا يشترط في إبرامه شكل خاص كما هو الشأن في الهبات غير اليدوية، كما يكفي لصحته توافر أهلية الوفاء بوجه عام دون أهلية التبرع. ٣-أنه لا تسري عليه أحكام الوصية إذا ما صدر في مرض الموت وفقا للمادة ٩١٦ مدني، إذ أن ثبوت حصول التصرف وفاء لالتزام طبيعي يكفي لهدم القرينة التي نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة المذكورة والتي مقتضاها أن كل تصرف صدر في مرض الموت يعتبر صادرا علي سبيل التبرع. ٤-لا يجوز أن يقاس الالتزام الطبيعي بدين آخر، لأن المقاصة ضرب من الوفاء الجبري، فإذا أجزنا المقاصة في الالتزام الطبيعي كان هذا إجبارا للمدين علي الوفاء بطريق غير مباشرة. ٥-إن كانت لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعي، وإلا كان في هذا تنفيذ جبري للالتزام الطبيعي عن طريق تنفيذه علي الكفيل.

- إثبات الوفاء : يعتبر الوفاء تصــرفا قانونيا، ســواء ورد علي التزام مدني أو التزام طبيعي، ومن ثم يخضــع الوفاء بالتزام طبيعي للقواعد العامة في الإثبات. فإن كان الوفاء يجاوز نصــاب البينة، وجب إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها. وفي الالتزام بالقيام بعمل، يكون للمدين إثباته بكافة الطرق.

﴿ المــــادة ٢٠٢ ﴾

" الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصــوص القوانين العربية، المادة ٢٠٣ ســوري، المادة ٢٠٥ ليبي، المواد ٦و ٨ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٧٧ من المشــروع التمهيدي علي الوجه الآتي: "يصــلح الالتزام الطبيعي، إذا اعترف المدين به، ســببا لالتزام مدني" وفي لجنة المراجعة حور النص علي الوجه الآتي: "الالتزام الطبيعي إذا اعترف المدين به يصلح سببا لالتزام مدني"، وأصبح رقم المادة ٢٠٨ في المشروع النهائي، ووافق مجلس النواب علي هذا النص، وفي لجنة الشــيوخ أثارت عبارة "إذا اعترف المدين به" شبهة، فقد يظن أن المقصود منها أن مجرد الاعتراف بالالتزام الطبيعي ينقله إلي التزام مدني، فذكر في دفع هذه الشــبهة أن هذه المادة قد حســمت خلافا قائما بين الفقهاء، فالبعض يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يعتبر تحديدا له، وهذا القول مردود بأن التحديد يكون في هذه الحالة قائما علي غير سـبب، والبعض الآخر يقول إن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصـلح أن يكون سـببا للالتزام المدني، وقد أخذ المشروع بهذا الرأي الأخير فالمقصود من النص هو أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي يصلح أن يكون

سببا لالتزام مدني، لا أن يكون سببا لتحويل الالتزام الطبيعي إلي التزام مدني، وبعد مناقشة استقر رأي اللجنة علي حذف عبارة "إذا اعترف المدين به" دفعا للشبهات، وعلي أن يثبت في المحضر أن مجرد الاعتراف لا يصلح أن يكون وحده سببا كافيا لتحويل الالتزام من طبيعي إلي مدني، وبذلك أصبح نص المادة علي الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد. وأصبح رقمها ٢٠٢، ووافق مجلس الشيوخ علي المادة كما عدلتها لجنته" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٠٢–ص٥٠٥).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "... والحق أن الاعتراف لا ينطوي علي تجديد ينقلب من جرائه الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا بل هو إنشاء لالتزام مدني، يقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب.. وما دام الاعتراف بالالتزام الطبيعي لا يعتبر من قبيل التبرعات فهو لا يخضع لأحكامها من حيث الشكل أو الموضوع شأنه شأن الوفاء من هذا الوجه". كما جاء عنها بتقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ "...وهو في صيغته هذه لا يجعل من الاعتراف الوسيلة الوحيدة التي ينقلب بها الالتزام الطبيعي مدنيا".

﴿ الشـــرح ﴾

- الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني : يصلح الالتزام الطبيعي سببا للالتزام المدني إذا قام المدين بالوفاء بالتزام طبيعي عن بينة واختيار قاصدا من ذلك الوفاء بالتزام طبيعي فإن هذا الوفاء يكون صحيحا لا رجعة فيه علي نحو ما أوضحناه بالمادة السابقة. وقد يرغب المدين في الوفاء علي نحو ما تقدم ولكن تضطره الظروف إلي إرجاء هذا الوفاء مؤكدا للدائن عزمه علي القيام به، فيوعده بالوفاء، وحينئذ يصبح الالتزام مدنيا بعد أن كان طبيعيا ويكون للدائن إجبار المدين علي الوفاء بموجب هذا الوعد، وقد يتضمن الوعد أجلا للوفاء فيلتزم الدائن به، فإن جاء خلوا من الأجل كان الدين حالا. ولا يعتبر هذا التعهد منشئا التزاما جديدا، بل معززا فقط الدين الطبيعي القائم في ذمة المدين. ولذلك فإنه من جهة لا يلزم لصحته توافق الإرادتين، بل يتم بإرادة المدين وحدها دون حاجة إلي قبول من الدائن، ويترتب علي ذلك أنه يجوز لدائني الدائن توقيع الحجز تحت يد المدين بمجرد صدور التعهد منه ولو لم يصدر من الدائن قبول. ومن جهة أخرى لا يعتبر الالتزام المدني ناشئا من الإرادة المنفردة للمتعهد وبالتالي لا تعتريه أوجه الضعف التي تلازم الالتزامات التي تنشأ بإرادة واحدة كجواز الرجوع في الوصية. وإنما يعتبر مصدر الالتزام الواقعة الأصلية التي أنشأت الدين الطبيعي (عزمي البكري ص٥٧)، وليس لهذا الوعد شكل خاص ويخضع في إثباته للقواعد العامة المقررة في الإثبات، ولا يكفي اعتراف المدين بالالتزام الطبيعي فليس من شأن هذا الاعتراف أن يقلب الالتزام الطبيعي إلي التزام مدني، بل يلزم الوعد المتضمن قصد المدين علي أن يوفي بالتزام طبيعي عن بينة واختيار، فإنه تخلف في الوعد هذا القصد بأن صدر

الوعد عن غلط أو تدليس أو إكراه، فلا يكون من شأنه إنشاء التزام مدني. ومتى توافر في الوعد قصد الوفاء علي نحو ما تقدم، نشأ عنه التزام مدني سببه الالتزام الطبيعي الذي قصد المدين الوفاء به (أنور طلبه ص١٥٧).

﴿ المـادة ٢٠٣ ﴾

" يجبر المدين بعد أعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ و٢٢٠ علي تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا.

على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر علي دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما ".

﴿ التعليـق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية، المادة ٢٠٤ سوري، المادة ٢٠٦ ليبي، المادة ٢٤٦ عراقي، المادة ٢٤٩ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٧٩ من المشروع التمهيدي علي الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا بعض تحويرات لفظية طفيفة أزالتها لجنة المراجعة، وأصبح رقم النص المادة ٢٠٩ من المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن الفقرة الثانية تتضمن فكرة جديدة هي استثناء من القاعدة العامة في وجوب الوفاء من طريق التنفيذ العيني، وهذا الاستثناء يعرض عند إقامة المالك بناء خلافا لما يفرضه علي التزام سابق أو ارتفاق بعدم البناء، وهذا أمر كثير الوقوع في مصر، فمن واجب القاضي في هذا المقام عند المطالبة بالتنفيذ العيني أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن، وأن يتفادى تحميل المدين تضحيات جساما درءا لضرر طفيف، وذكر أيضا إن أدارة القضاء في كثير من مخالفات التنظيم كانت تطبق هذا الحكم وتقضي بعدم تنفيذ حكم المخالفة للمصلحة العامة، ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة عقوبة، فنطاق تطبيق النص هو المعاملات المدنية، وقد أزال هذا القول الشبهة التي قامت من أن القاضي الجنائي قد يحكم بالغرامة دون الإزالة بسبب المصلحة العامة، واقترح أن يوصف الإرهاق المذكور في الفقرة الثانية، فأجيب بأن المراد بالإرهاق العنت الشديد ولا لزوم للوصف لأن الأمر متروك لتقدير القاضي، ثم أعيد الاعتراض علي الفقرة الثانية، فأجيب بأن حكمها مأخوذ مما استقر عليه القضاء فإنه بالرغم من عدم وجود هذا النص قد أخذ به وسار عليه وفي سبيل ذلك خرج علي نصوص التشريع، فالمشروع لم يأت بجديد بل قنن ما سار عليه القضاء، وانتهت اللجنة بالموافقة علي المادة

وأصبح رقمها ٢٠٣، ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٠٩-ص٥١٣).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " إذا كان تنفيذ الالتزام يدخل في حدود الإمكان فمن حق الدائن أن يستأديه، ومن حق المدين أن يعرض القيام به، وليس يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلي طريق التعويض إلا بتراضي المتعاقدين، ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييري، أو التزام بدلي.. بقي بعد ذلك تحديد فكرة إمكان التنفيذ، فمتى يسوغ القول بأن تنفيذ الالتزام عينا يدخل في حدود الإمكان، ولاسيما فيما يتعلق بميعاد التنفيذ، إذا لم يحدد ميعاد للتنفيذ جاز الوفاء عينا مادامت الظروف تسمح به دون أن يخل ذلك بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير.. أما إذا حدد ميعاد التنفيذ، فالمفروض أن الوفاء العيني يمتنع بعد انقضاء هذا الميعاد، إلا أن يقيم ذو الشأن الدليل علي عكس ذلك، وقد استثني المشروع حالة واحدة.. فأباح للمدين أن يعمد إلي التعويض النقدي، إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح، لا يتناسب مع ما يحيق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا.. فمن واجب القاضي في هذا المقام أن يوازن بين مصالح ذوى الشأن، وأن يتحاشى تحميل المدين تضحيات جسام درءا لضرر طفيف". وقد قال أحد أعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ "ولا يفهم من هذا أن النص يجيز للقاضي الجنائي الحكم بالغرامة دون الإزالة لأن الإزالة عقوبة، فمقتضي تطبيق النص هو المعاملات المدنية".

﴿ الشـــرح ﴾

- التنفيذ العيني :
- التنفيذ العيني والتنفيذ الجبري : الأصل أن يلزم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ويقصد بذلك أن يقوم المدين بأداء عين ما التزم به، فإذا استحال ذلك التزم مقابل ذلك بتعويض المدين عن الأضرار التي لحقته من جراء عدم التنفيذ العيني للالتزام وهو ما يعرف بالتنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض. والأصل أن يتم تنفيذ الالتزام عينيا أو بطريق التعويض اختيارا أي من تلقاء نفسه، فإن تخلف عن القيام بذلك أجبر عليه بواسطة السلطة العامة علي النحو الذي رسمه قانون المرافعات وهو ما يعرف بالتنفيذ الجبري ويتضح من ذلك أن التنفيذ الجبري يقابل التنفيذ الاختياري، وهو يرد علي التنفيذ العيني كما يرد علي التنفيذ بطريق التعويض (السنهوري-الجزء الثاني-بند ٣٨١، ٣٨٢-جمال زكي بند ٣٦٤-محمد كمال عبد العزيز ص٧٥٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "تنفيذ الالتزام أما أن يكون تنفيذا عينيا فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو تنفيذا عن طريق التعويض، والتعويض قد يكون نقديا أو عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالا بالالتزام" (الطعن ٧٢٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٠).

- شروط التنفيذ العيني : يجب حتى تقضي المحكمة بإحالة الدائن إلي طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا أن تتوافر شروط الآتية :(الشرط الأول) أن يكون التنفيذ ممكنا : يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني، ويجوز للمحكمة أن تقضي به، مادام هذا التنفيذ ممكنا دون مساس بشخص المدين. فإذا كان التنفيذ العيني مستحيلا أو كان فيه مساس بشخص المدين، وهذه مسألة تتعلق بالوقائع وبظروف كل دعوى، تعين العدول عنه إلي التنفيذ بمقابل. والاستحالة التي تتكلم عنها هي الاستحالة الراجعة إلي خطأ المدين، لأنه إذا كانت الاستحالة راجعة إلي سبب أجنبي، انقضى الالتزام وامتنع الرجوع علي المدين بالتعويض (م٢١٥ مدني) (أنور طلبه ص١٦٤)، ويعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين الشخصي ويأبي المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه، وبتحقق ذلك علي وجه خاص في عمل الرسام والممثل والفنان بوجه عام وفي كل عمل فني كعمل الطبيب وعمل المهندس، فإذا لم يلجأ القاضي إلي طريق التهديد المالي، أو لجأ إليه ولم ينتج، لم يبق إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن ولا مناص إذن من مجاوزته والالتجاء إلي طريق التعويض. أما في الالتزام بنقل حق عيني (م١٠٤ مدني) وفي الالتزام بعمل تسمح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ كتنفيذ وعد بالبيع (م٢١٠ مدني) فالتنفيذ العيني ممكن بحكم القانون أو بحكم القاضي وفي الالتزام بالامتناع عن عمل، إذا أخل به المدين وأقدم علي العمل، أصبح التنفيذ العيني مستحيلا، ولكن التعويض العيني–بإزالة ما وقع مخالفا للالتزام (م٢١٢ مدني)–قد يكون ممكنا، وقد يضاف إليه تعويض نقدي عن الضرر الذي حدث بفعل المدين. فإمكان التنفيذ العيني يرجع إذن إلي طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ. وكثيرا ما ترجع الاستحالة إلي ميعاد تنفيذ الالتزام، ذلك أن الالتزام قد لا يكون في تنفيذه جدوى إذا جاوز التنفيذ ميعاد ميعنا كممثل تخلف عن التمثيل في الميعاد المحدد، وكإدارة معرض لم تقدم لأحد العارضين مكانا للعرض التزمت بتقديمه حتى انقضت أيام العرض، فإذا فات الميعاد الذي يجري فيه تنفيذ الالتزام، أصبح التنفيذ العيني غير ممكن حكما، ولا مناص إذن من الاقتصار علي طلب التعويض، وفي غير الحالة المتقدمة، قد لا يحدد ميعاد التنفيذ، فيستطيع الدائن حينئذ أن يحدد للمدين ميعادا مناسبا وينذره في الوقت ذاته أن لن يقبل الوفاء إذا جاوز هذا الميعاد، فيمتنع التنفيذ العيني بعد هذا الميعاد إلا إذا أثبت المدين ألا ضرر منه علي الدائن (السنهوري ص٦٨٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدي النص في المادتين٢٠٣/١، ٢١٥ من القانون المدني– وعلي ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني–أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ولا يصار إلي عرضه أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني" (الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٢ ص٧٠٣ جلسة٢٢/٦/١٩٧١، الطعن ٧٧٦ لسنة ٥١ق س٣٥ ع٢ ص٢٢٣٣ جلسة ٢٦/١٢/١٩٨٤، الطعن ٢٦ لسنة ٥٣ق س١٣٨ ع٢ ص١١٢٩ جلسة

٢٠/١٢/١٩٨٧) وبأنه "إذا كان مؤدي نص الفقرة الأولي من المادة ١٦٢ من القانون المدني والمادة ٢٢٠ من ذات القانون أن الواعد بالجائزة يرتب في ذمته التزاما بإرادته المنفردة من وقت توجيه هذه الإرادة إلي الجمهور لدائن غير معين يلتزم بإعطائه إياها إذا ما قام بالعمل المطلوب، وأن أعذار الدائن مدينه لا يكون واجبا إذا أصبح الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين" (الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ٥٧ق س٤١ ع١ ص٨٩٠ جلسة ٢٨/٣/١٩٩٠)، وبأنه "الغرض من دعوى صحة التعاقد هو إجبار البائع علي تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا، فإذا كان هذا التنفيذ قد أصبح غير ممكن لوروده علي شئ غير قابل للتعامل فيه، فإن طلب صحة ونفاذ عقد البيع يكون متعين الرفض" (مجموعة المكتب الفني السنة ١٩ ص١٣٩٨ جلسة ٢١/٢/١٩٦٨)، وبأنه "من المقرر أنه في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني متى سمحت بهذا طبيعة الالتزام" (الطعن رقم ١٢٨٧ لسنة ٥٠ق س٣٧ ع١ ص٢٨٧ جلسة ٢/٣/١٩٨٦).

(الشرط الثاني) أن يتمسك الطرفان أو أحدهما بالتنفيذ العيني: فإن تمسك الدائن بالتنفيذ العيني، وكان ممكنا قضي له به وأجبر المدين عليه أي يجبر علي أداء عين ما التزم به، كذلك إذا عرض المدين التنفيذ العيني تعين قبوله دون أن يكون للدائن العدول عنه إلي التعويض، أما إذا سكت الطرفان عن طلب التنفيذ العيني، بأن اقتصر الدائن علي المطالبة بالتعويض ولم يتقدم المدين بعرض التنفيذ العيني لالتزامه، فإنه يتعين في هذه الحالة القضاء بالتعويض علي أساس الاتفاق الضمني بين الدائن والمدين علي ذلك، إذ أن الدائن إذا طلب التنفيذ العيني وتبين للمحكمة تعذر ذلك، إذ أن الدائن إذا طلب التنفيذ العيني وتبين للمحكمة تعذر ذلك، فلها ومن تلقاء نفسها أن تقضي بالتعويض ولو لم يطلبه الدائن دون أن يعد ذلك منها قضاء بما لم يطلبه المدعى إذ أن طلب التنفيذ العيني يتضمن ضمنا طلب التعويض في حالة تعذر التنفيذ العيني، والتعويض بديل عن التنفيذ العيني وكلاهما محل واحد للالتزام ومن ثم لا تكون بصدد التزام تخييري أو التزام بدلي. ويترتب علي ذلك أن الضمانات التي كانت تكفل الالتزام في تنفيذه العيني تبقي لتكفل التعويض النقدي (أنور طلبه ص١٦١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "مؤدي النص في المادتين ٢٠٣ و٢١٥ من القانون المدني– وعلي ما تبين في هذا الصدد–أن الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذ عينيا ولا يصار إلي عوض أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني، فإذا لجأ الدائن إلي طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عينا–متى كان ذلك ممكنا–فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض لأن التعويض ليس التزاما تخييرا أو التزاما بدليا بجانب التنفيذ العيني" (الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ق س٣٠ ص٧٠٣ جلسة ٢٠/٦/١٩٧٩، الطعن رقم ١٧٠٠ لسنة ٥٠ق س٣٢ ص١٧٢١ جلسة ٤/٦/١٩٨١)، وبأنه

"متى كان الحكم المطعون فيه قد قرر "أن من حق المستأنفة استرداد منقولاتها فلها أن تستردها وأن تطالب بقسمتها إذا لم توجد، ولكنها لم تفعل هذا، بل طلبت من أول الأمر الحكم لها بقيمتها دون أن تثبت ضياعها أو تعذر الحصول عليها، مع أنه كان ينبغي أن تطلب الحكم لها بتسليمها إليها عينا، فإذا تعذر ذلك حق لها المطالبة بقيمتها وهذا لا يمنعها من المطالبة من جديد بهذه المنقولات عينا إذا شاءت، فإن هذا الذي قرره الحكم لا عيب فيه، ذلك بأن ما جاء بصحيفة دعوى الطاعنة من تكليفها المطعون عليه بتسليمها هذه المنقولات لا يعدو أن يكون إنذارا منها له بذلك لم يقترن بطلب الحكم بتسليمها عينا" (مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٨٧ ص١١٨٧ نقض مدني ١٢ يونيه سنة ١٩٥٢)، وكالتنفيذ العيني التعويض العيني، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار إلي عرضه أي التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي، وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينا-كرد الشئ المغتصب-وجب قبول ما عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر علي ما يطلبه من تعويض نقدي، وعلي ذلك فإذا استولت جهة الإدارة علي عقار دون اتخاذ إجراءات نزع الملكية، فقاضاها المالك مطالبا بقيمة العقار، وأبدت الإدارة أثناء سير الدعوى استعدادها أن ترد الأرض المغتصبة، وقضت المحكمة للمدعى بقيمة الأرض دون أن تعتبر باستعداد المدعى عليه للرد ودون أن تنفي استحالة الرد أو جدية الاستعداد له، فإن حكمها يكون قد خالف القانون" (مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٢ ص٦٨٢ نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨).

(الشرط الثالث) ألا يكون التنفيذ العيني مرهقا: قد يكون التنفيذ العيني ممكنا، ولكن في تحقيقه إرهاق للمدين، وفي هذه الحالة يجوز له أن يستبدل بالتنفيذ العيني التعويض. وقد تجنب المشرع تحديد معنى الإرهاق تاركا الأمر إلي القضاء. ويذهب الشارع إلي أنه لا يدخل في معنى الإرهاق زيادة الكلفة نتيجة لارتفاع الأسعار أو الرسوم أو فرض ضرائي جديدة، ولكن يتحقق هذا الإرهاق إذا كانت الفائدة التي ستعود علي الدائن من التنفيذ العيني لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيب المدين منه، وكان في التعويض ترضية كافية للدائن. واستبعاد التنفيذ العيني إذا كان مرهقا للمدين ما هو إلا تطبيق خاص من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق (م٥/ب مدني). ويشترط للأخذ بهذا الحكم، كصريح نص المادة ٢/٢٠٣، ألا يلحق الدائن ضرر جسيم من جراء العدول من التنفيذ العيني إلي التعويض (أنور طلبه ص١٦٦)، فلا يكفي إذن أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، بل يجب أيضا ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء عدم التنفيذ العيني والاقتصار علي التعويض، والتوازن هنا مطلوب

بين المصالح المتعارضة، مصالح المدين ومصالح الدائن فإذا أمكن تفادي إرهاق المدين، ولو بضرر يسير يصيب الدائن، جاز أن يحل التعويض النقدي محل التنفيذ العيني، أما إذا كان التنفيذ العيني لا يترتب عليه إرهاق شديد للمدين أو ترتب عليه هذا الإرهاق ولكن العدول عنه إلي التعويض يلحق بالدائن ضررا جسيما، وجب الرجوع إلي الأصل، وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض، وذلك حتى ينال الدائن حقه كاملا، مادام المدين لا يرهق من جزاء ذلك، أو حتى يندفع عن الدائن الضرر الجسيم الذي يصيبه من جراء عدم التنفيذ العيني، وإذا كان لابد من إرهاق المدين أو تحميل الدائن ضررا جسيما، فالأولي بالرعاية هو الدائن، لأنه إنما يطالب بحقه في غير تعسف (السنهوري ص٦٩٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الأصل تنفيذ الالتزام عينيا فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به وإذا كان التنفيذ مرهقا له–دون أن يكون العدول عنه ضارا بالدائن ضررا جسيما–حل محله التنفيذ بطريق التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، ومن ثم لا يكون له الجمع بين التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض، إلا أنه إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه عينا، فإن ذلك الأصل لا يخل بداهة بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عما يلحقه من أضرار بسبب هذا التأخير–فضلا عن التنفيذ العيني–إذا لا يكون عندئذ قد جمع بين تنفيذ الالتزام عينا وتنفيذه بطريق التعويض عن فترة التأخير، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، فقضي برفض طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت الطاعن من جراء التأخير في التنفيذ العيني تأسيسا علي مجرد القول بسبق حصوله علي قضاء نهائي بهذا التنفيذ، فإنه يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٣٠٩٢ لسنة ٥٧ق س٤ ع١ ص٧٣٥ جلسة ١٩٨٩/٣/٦، الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/١/٥)، وبأنه "عقد الإيجار كما عرفته المادة ٥٥٨ من القانون المدني هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم، وكان مؤدي نص المادتين٢٠٣، ٢١٥ من القانون المدني–وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض–أن الأصل هو تنفيذ الالتزام عينا لا يصار إلي عوضه، أي التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني كما أنه يشترط أن يكون التنفيذ العيني ممكنا وألا يكون في تنفيذه إرهاق للمدين، وأن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا" (الطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٥٣ق س٣٥ ع١ ص١٥١١ جلسة ١٩٨٤/٥/٣٠، الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٣ق س٤١ ع١ ص٢٣٣ جلسة ١٩٩٠/١/٢٣)، وبأنه "التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل والعدول عنه إلي التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع الأخذ بها كلما رأي في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين وعلي ألا يلحق ذلك بالدائن ضررا جسيما. ومتى كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيمة الإصلاحات التي أجراها الطاعن "المستأجر" إذ أنها توازي أجرة العين المؤجرة لمدة تقرب من ثماني سنوات وانتهت إلي

قسمتها بينهما فلا تثريب عليها" (الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٤٣ق س٣٢ ص٢٢٠١ جلسة ١٩٨١/١٢/٢، الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٦/٣، الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٤ق س٣٩ ع٢ ص١٠١٦ جلسة ١٩٨٦/٦/٥) وبأنه "لئن كان الأصل أن للدائن المطالبة بتنفيذ التزام مدينه عينا إلا أنه يرد علي هذا الأصل استثناء تقضي به المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدني أساسه ألا يكون هذا التنفيذ مرهقا للمدين إذ يجوز في هذه الحالة أن يقتصر علي دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه علي أن تنفيذ المؤجرة التزامها بتركيب المصعد ليس من شأنه إرهاقها لأنه سوف يعود عليها بالفائدة بإضافته إلي ملكها والانتفاع بأجرته الشهرية المتفق عليها وكان هذا القول من الحكم لا يؤدي إلي انتفاء الإرهاق عن المؤجرة (الطاعنة) إذ يشترط لذلك ألا يكون من شأن تنفيذ هذا الالتزام علي حساب الطاعنة بذل نفقات باهظة لا تتناسب مع من ينجم من ضرر للمطعون عليه (المستأجر) من جراء التخلف عن تنفيذه ، وإذ لم يحدد الحكم نوع المصعد المناسب للمبنى والثمن الذي سيتكلفه وما يستتبع ذلك من تحديد نفقات تركيبه وما إذا كان هذا الثمن يتناسب مع قيمة المبنى فقد حجب نفسه عن بحث مدى الإرهاق الذي يلحق المطعون عليه من عدم تركيبه مما يعيب الحكم بمخالفة القانون والقصور في التسبيب (طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١) وبأنه " المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافآن قدراً بحيث يجوز الجمع بينهما إذا أن تنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً عينياً فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به أو عن طريق التعويض في حالة استحالة التنفيذ العيني أو إذا كان ينطوي على إرهاق للمدين وهو ما نصت عليه المادة ٢٠٣ من القانون المدني " (طعن رقم ٢٩٧١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧) ومن التطبيقات الظاهرة للقاعدة التي نحن بصددها ما ورد في المادة ١٠١٨ من التقنين المدني ، و تنص على ما يأتي : ١- إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كان يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاع بالبناء أو في مساحة رقعته ، فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات التي فرضت لمصلحتها هذه القيود هذا ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغيره . ٢- وكل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك فهذا يقضي النص بالاقتصار على التعويض دون التنفيذ العيني – والتنفيذ العيني هو عدم هدم البناء – إذا رأى القاضي ما يبرر ذلك والقاضي يرى ما يبرر ذلك إذا كان الهدم يرهق المدين في الوقت الذي يلحق فيه إبقاء البناء ضرراً جسيماً بالدائن .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " توافر الإرهاق الذي يهدد بخسـارة فادحة أو عدم توافره معيار موضوعي بالنسـبة للصفقة المعقودة ذاتها من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ما دام اسـتخلاصـه سـائغاً ومسـتمد من أصـله الثابت بالأوراق (الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٨٥ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٤)

(الشـرط الرابع) إعذار المدين : أعذار المدين واجب في التنفيذ العيني إذا كان المقصـود أن يكون هذا التنفيذ قهرياً بطريق الإجبار (م ٢٠٣ فقرة أولى مدني) ، أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بحكم القانون أو قام به المدين مختاراً غير مجبراً ، فظاهر أنه لا حاجة إلى الأعذار في هاتين الحالتين وأكثر ما يكون الأعذار في المطالبة بالتعويض النقدي ، ولكنه يكون أيضـاً واجباً حتى لو كان المطلوب هو التنفيذ العيني (السـنهوري ص ٦٩٦) ،وإن كانت صـحيفة الدعوى تعتبر أعذاراً بمجرد إعلانها متضـمنة التنفيذ العيني للالتزام إلا أن للأعذار السـابق على المطالبة القضـائية فائدة فقد يتقدم المدين بالتنفيذ العيني ومن ثم لا يتحمل الدائن إلا مصـاريف الأعذار ، أما أن أقام دعواه وتقدم المدين بالتنفيذ العيني ، فإن الدائن في هذه الحالة يتحمل مصـاريف دعواه باعتبار أن إعلان المدين بصـحيفتها يمثل أعذاراً له بالوفاء وقد وفى (أنور طلبة ص١٦٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه والأصـل في الأعذار أن يكون بورقة رسـمية من أورق المحضـرين بين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ومن ثم فلا يعد أعذاراً – إعلانه بصـحيفة دعوى التعويض لإخلال المدين تنفيذ التزام من التزاماته إلى إذا اشـتملت صـحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام وتقدير اشـتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع في أن يأخذ بالتقصير الذي يراه مقصـوداً من العبارات الواردة بالصـحيفة دون رقابة محكمة النقض متى أقام قضـاءه على أسـباب سـائغة تكفي لحمله (طعن رقم ٥٩٢ لسـنة ٥٥ق جلسـة ١٩٨٩/١/٢٦) ، (الطعن رقم ٣٠٦ لسـنة ٢٣ق جلسـة ١٩٦٦/٤/٢٨) ، وبأنه مفاد نص المادتين ٢١٨ و ١/٢٢٠ من القانون المدني ولئن كان التعويض لا يستحق إلا بعد أعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك إلا أنه لا ضـرورة لهذا الإعذار إذا أصـبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين لما كان ذلك وكان الثابت من عقد تركيب واسـتعمال التليفون المبرم بين الطرفين أن الهيئة الطاعنة التزمت بتركيت وصـيانة الخط التليفوني وكانت طبيعة هذا الالتزام تقتضـي أن تتخذ الهيئة الطاعنة ما يلزم من الأعمال الفنية لإصـلاح هذا الخط في الوقت المناسـب وفور إخطار المشـترك بالفعل حتى تمكنه من اسـتعماله بما يحقق له الغرض الذي هدف إليه من التعاقد ومن ثم فإن تأخير الهيئة الطاعنة في تحقيق الإصـلاح التليفوني في

الوقت المناسب من شأنه أن يرتب مسئوليتها عن إخلالها بهذا الالتزام ولا يكون إعذارها واجباً بعد فوارات هذا الوقت إذ لا ضرورة للإعذار طبقاً لنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني من هذه الحالة وكان الحكم المطعون فيه قد استند إلى الثابت من تقرير الخبير أن التليفون تعطل عدة مرات ولفترات طويلة في المدة وحتى بسبب قطع الكابل الأرضي وإذ لم تقم الهيئة بإصلاح هذه الأعطال وفات الوقت ووقع الضرر فإنه لا ضرورة للإعذار فلا على الحكم المطعون فيه إن التفت عن دفاع الطاعنة بشأن هذا الإعذار ولم يرد عليه (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢) ، (الطعن رقم ٤٣١ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٤/٥) ، وبأنه " لئن كانت المادة ٢٠٣ /١ من القانون المدني أوجبت حصول الإعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني إلا أن الإعذار ليس شرطاً لقبول الدعوى وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني والإعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ويكون ذلك بإنذار بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه وتعتبر المطالب القضائية ذاتها إعذاراً (الطعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/٢/٣)، (الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦) ، وبأنه " المادة ٢٢٠ من القانون المدني لا تتطلب إعذار المدين في حالات معينة منها تصريح المدين كتابة بأنه لا يريد القيام بتنفيذ التزامه (الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/٤/١) ، وبأنه " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك (مادة ٢١٨ مدني) فإذا كانت الثابت أن المشترية لم تعذر البائع بالوفاء عند حلول الأجل المحدد لتوريد القطن وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الإعذار وهو إجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه ، فإنه المشترية لا تكون على حق في المطالبة بهذا التعويض (مجموعة المكتب الفني لسنة ١٣ ص٥٨٣ جلسة ١٩٦٢/٥/٢) ، وبأن " مفاد نص المادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ من القانون المدني أن الإعذار لا يكون لازما متى اتفق المتعاقدان على الإعذار منه إذ يكون المدين عندئذ معذراً بمجرد حلول أجل الدين (الطعن رقم ٧٦٥٢ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢١)

- جواز الجمع بين طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض : ولما كان التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ، ومن ثم يجوز الجمع بينهما بأن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض إذا امتنع التنفيذ العيني وحينئذ تقضي المحكمة بالتنفيذ بطريق التعويض إذا تعذر التنفيذ العيني لأي سبب ، وإذا قضت في هذه الحالة بالتنفيذ العيني ولكنه تراخي بما قد يؤدي إلى الإضرار بالدائن وكان المدين قد استأنف الحكم ، جاز للدائن أن يطلب أما محكمة الاستئناف التنفيذ بطريق التعويض ، إذ لا يعتبر هذا الطلب طلباً جديداً لسبق طرحه على محكمة أول درجة (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٨٠ ق جلسة ١٩٦٠/٣/٢٨)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " أن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قســـيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ويتكافـــآن قدراً بحيث يجوز الجمع بينهما إذا تم التنفيذ العيني متأخراً ، فإذا كانت الدعوى قد رفعت أمام محكمة أول درجة يطلب رد أسـهم أو قيمتها ف"""""إن الطلب على هذه الصـــورة ينطوي على طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ، ومن ثم فليس هناك ما يمنع المدعي حينما يتراخى التنفيذ العيني بحيث يصيبه بالضـرر من أن يطلب تعويضاً عن هذا الضـرر وعلى ذلك فلا يكون طلب هذا التعويض عن هبوط قيمة الأســهم طلباً جديداً في الاســتئناف لاندراجه في عموم الطلبات التي كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة (الطعن رقم ١٠٦ لســنة ٢٨٠ ق جلســة ١٩٦٠/٣/٢٨) ، و بأنه"طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قســيمان متكافئان ومتحدان موضوعاً يندرج كل منهما في الأخر ويتقاسمان معاً تنفيذ الالتزام الأصلي ، فإذا كان الدائن قد طلب رد المال عيناً وثبت للقاضـي أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاق للمدين فلا عليه أن حكم بتعويض يراعى في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خســارة أو فاته من كســب دون أن يعد ذلك من قضاء بما لم يطلبه الخصوم .(الطعن رقم ١٢٢٨ لسنة ٦٧ق جلسة ٢٠٠١/٦/٢٤) ، وبأن " مؤدى المواد ٢/٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢٢٣ ، ٢/٢٢٤ من القانون المدني أنه يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقاماً قيمة التعويض الواجب أداؤه عما قد ينجم من ضـرر بسـبب (عدم التنفيذ) التزام من الالتزامات المنصـــوص عليها في العقد المبرم بينهما ويكون التعويض في هذه الحالة تعويضـــاً عن عدم التنفيذ لا يجوز الجمع بينه وبين التنفيذ العيني ، كما يجوز لهما تحديد التعويض الجابر للضـــرر عن التأخير في التنفيذ ، كما يجوز الجمع بين هذا التعويض والتنفيذ العيني لأن القضـاء بإلزام المدين بتنفيذ التزامه عيناً لا يخل بحق الدائن فيما يجب له من تعويض عن التأخير في التنفيذ (الطعون رقم ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢) ، وبأن المقرر في قضاء محكمة النقض أن طلب التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض قسيمان يتقاسمان تنفيذ التزام المدين ، ومن ثم يجوز الجمع بينهما ، إذا أن تنفيـذ الالتزام أمـا أن يكون تنفيـذا عينيـاً فيقوم المـدين بـأداء عين مـا التزم بـه أو تنفيـذاً عن طريق التعويض في حالة اســـتحالة التنفيذ العيني أو إذا كان هذا التنفيذ ينطوي على إرهاق للمدين ، وهو ما نصت عليه المادة ٢٠٣ من القانون المدني (الطعن رقم ٢٦٧١ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧)

- اســـتحقاق التعويض من تاريخ الحكم النهائي : إذ رجع الدائن على المدين بالتنفيذ العيني ، وكان في ذلك إرهاق للمدين ، فإن التعويض الذي يقضي به يكون مستحقاً للدائن من تاريخ الحكم النهائي ، إذ يخضـع التعويض في هذه الحالة لتقدير القضــاء ، ولا تســتحق فوائد عنه إلا من هذا التاريخ بشـرط أن يكون الدائن قد طلبها ، فإذا استحال الرد على من تسلم غير المستحق ، التزم

بالتعويض والفوائد من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية ، ـــ إما بتحرير محضر ضده أو رفع دعوى عملاً بالمادة ١٨٥. (أنور طلبه)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كانت التضمنيات (التعويض) في حالة العجز عن الوفاء العيني تعتبر مستحقة من الوقت الذي يظهر فيه الدائن عجز المدين عن الوفاء ، إلا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضـمنيات تكون مسـتحقة من الوقت الذي يمتنع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً من قبل الدائن عملاً بالقاعدة القانونية العامة

﴿المـــادة ٢٠٤ ﴾

" الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من تلقاء نفســه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ".

﴿التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصـوص القوانين العربية المادة ٢٠٥ سـوري ، المادة ٢٠٧ ليبي ، المادة ٢٤٧ عراقي ، المواد ٢٩٣ – ٢٩٥ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٠ من المشـروع التمهيدي علي وجه مطابق لما اسـتقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٠من المشروع النهائي ، ثم وافق مجلس النواب ، ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم المادة ٢٠٤ (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٢ص٥١٤ – ص٥١٦)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " يتفرع على وجوب التنفيذ العيني وجوباً نافياً للتخيير ، أن الالتزام بنقل حق عيني يترتب عليه انتقال هذا الحق بحكم القانون متى كان محل الالتزام شـيئاً معيناً بالذات ، ومؤدى هذا الالتزام بنقل بحق عيني ينفذ بمجرد نشـوئه وأن القانون نفســه هو الذي يتكفل له بترتيب هذا الأثر ، ويجرى هذا الحكم فيما يتعلق بالمنقولات دون أن يرد على إطلاقه أي تحفظ أو قيد ، فإذا صـــدر تصـــرف في منقول معين بالذات من مالكه ، انتقل حق المالك فيه إلى المتصرف فور الوقت ، بل ولا تحول دون ذلك قاعدة " إنزال الحيازة في المنقول منزلة السند المثبت للملكية " بالنســبة لأول خلف يدلي إليه المالك بحقه ، وقد يقع أن يدخل المنقول في يد خلف ثان حسـن النية تنتقل إليه الحيازة على أثر تصـرف ثان يصـدر من المالك نفسـه بعد أن زالت عنه الملكية بمقتضى التصرف الأول ،وقد تخلص الملكية لهذا الخلف الثاني ، ولكن الملكية لا تؤول إليه بمقتضى إلتزام بنقل حق عيني ، بل بطريق آخر من طرق كسب الحقوق العينية هو طريق الحيازة ومن الجائز أن

يقال أن ملكية المنقول قد انتقلت أولاً إلى الخف الأول بمقتضـــى التزام المالك بنقل حق عيني ، ثم آلت منه إلى الخلف الثاني من طرق الحيازة ، ويتفرع على ما تقدم ، أن للدائن أن يتسلم الشئ المعين بذاته الذي التزم المدين أن يدلي به إليه ، منقولاً كان أو عقاراً بتوافر شـــرطين : أولهما أن يكون هذا الشــئ مملوكاً للمدين وقت إنشــاء الإلتزام أو أن تكون ملكيته قد ألت إليه بعد ذلك والثاني ألا يكون قد ترتب على المعقود عليه حق عيني لأحد من الأغيار ، كخلف ثان يحوز منقولاً بحسن نية أو مشتر آخر آل إليه العقار بمقتضى عقد سبق تسجيله أما العقارات فتحول قواعد التسجيل دون تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني فيها فور الوقت ويشـــفع الالتزام بنقل الحق العيني في هذه الحالة بالتزام بعمل قوامه وجوب اشتراك مالك العقار في تيسير إجراء التسـجيل ولاسيما عن طريق التصـديق على إمضائه وعلى هذا النحو يظل تنفيذ الالتزام بنقل الحق العيني على التراخي فترة من الزمن ، وهذه هي علة التفريق بين مجرد الالتزام بنقل الملكية وبين انتقالها فعلاً

﴿ الشـــــرح ﴾

- الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني : يبين من نص المادة ٢٠٤ مدني ســـالف الذكر أن الالتزام بنقل حق عيني (**obligation de donner**) ســواء كان الحق العيني حق ملكية أو ملكية أو أي حق عيني آخر كحق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن – يتم تنفيذه من تلقاء نفســه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون **(de plein droit)** إذا كان الشـــئ الذي يقع عليه الالتزام شــيئاً معيناً بالذات **(corps certain)** يملكه المدين ويلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل الملكية يسبقه التزام بنقلها وهذا الالتزام يتم تنفيذه من تلقاء نفســه ، فينتقل الحق العيني إلى الدائن بحكم القانون وينقضـي الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشـوئه ويختلف المنقول عن العقار في وقت وكيفية تنفيذ هذا الالتزام بنقل ملكية العقار وبين الالتزام بنقل ملكية المنقول
- الالتزام بنقل ملكية العقار : إذا كان الشـــئ الذي يقع عليه الالتزام عقاراً نعيناً بالذات وملوكاً للمـدين ، كدار أو أرض محـددة فإن الالتزام بنقـل حق عيني على هـذا العقـار لا يتم تنفيـذه بمجرد نشـوئه بل تجب مراعاة قواعد التسـجيل بالنسـبة إلى الحقوق العينة الأصـلية كالملكية و الارتفاق والانتفاع ، وقواعد القيد بالنســبة إلى الحقوق العينية التبعية كالرهن الرســمي و الاختصــاص ورهن الحيازة على أن عدم التسجيل لا يمنع من نشوء الالتزام لا ينشئه ، فإذا باع صاحب الدار داره من آخر ، لم تنتقل ملكية هذه الدار إلى المشــتري ، ســواء كان ذلك بالنســبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين إلا بتســجيل عقد البيع إذا رهنها في دين عليه ، لم ينشـأ حق الرهن لمصـلحة الدائن ، بالنسبة إلى الغير ، إلا بقيد الرهن وقبل تسجيل البيع يبقى الالتزام بنقل الملكية دينا في ذمة البائع يتراخى تنفيذه إلى وقت التســـجيل ويكون البائع في الوقت ذاته ملتزماً بأن يقوم بالأعمال الأزمة

لتسجيل البيع ، وأخصها التصديق على الإمضاء فإذا لم يقم بهذا الالتزام استطاع المشتري أن يحصل على حكم من القاضي بثبوت البيع أو بصحته ، وقام الحكم مقام العقد المصدق عليه فإذا سجله المشتري انتقلت إليه الملكية (م ٢١٠ مدني) ، أما الالتزام بإنشاء رهن على العقار فلا يخضع التسجيل ومتى تم عقد الرهن ونشأ بموجب التزام الراهن بترتيب حق الرهن على العقار ، فإن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه وفقاً للقاعدة العامة ولكن ذلك يقتصر على العلاقة فيما بين الراهن و المرتهن ويكون القيد ضرورياً في سريان الرهن في حق الغير . على أن الحق العيني العقاري – ملكية كان أو حقاً آخر – الذي ينتقل للدائن يكون خاضعاً للحقوق العينية العقارية الأخرى التي تكون قد حفظت من قبل التسجيل أو بالقيد فالمشتري للعقار تنتقل إليه ملكيته بتسجيل عقد البيع ، ولكنها تنتقل مثقلة بحق رهن قيد أو حق ارتفاق سجل قبل تسجيل عقد البيع والكلام (السنهوري ص٦٩٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع – المعروفة بدعوى صحة التعاقد – هو تنفيذ التزامات البائع التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري تنفيذاً عينياً والحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيله العقد في نقل الملكية ، فإن المشتري لا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذي يدر له في الدعوى ممكين (الطعن رقم ٢٩٠ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٩) ، (الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٤/١٤)، الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠) ، الطعن رقم ١٦٨٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/١/١٢)

- الالتزام بنقل ملكية المنقول : إذا التزم المدين بنقل حق الملكية في المنقول المعين بالذات والمملوك له إلى الدائن ، أو التزام بأن يترتب عليه حقاً عينياً تبعياً كرهن حيازة ، فإن هذا الالتزام ينفذ فور صدوره ، فيصبح الدائن مالكاً لهذا المنقول أو مرتهناً له رهن حيازة دون حاجة إلى التسليم ، إذ تترتب هذه الحقوق بحكم القانون فور نشوء الالتزام (أنور طلبة ص١٨١) ، وعلى ذلك فلو أن صاحب المنقول باعه مرتين انتقلت الملكية إلى المشتري الأول دون الثاني ولو لم يتسلمه ، فإن سبق ولكنه يتملكه بقاعدة الحيازة وليس بموجب البيع (السنهوري بند ٤١٧ ،جمال زكي بند ٣٧٦ ، إسماعيل غانم بند ٩ سليمان مرقص في الالتزامات بند ٥٧٢ ، ويراجع التعليق على المادتين ٩٣٣و ٩٦٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان البيع جزافاً فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري بمجرد تمام العقد طبقاً للمواد ٤٢٩ ، ٢٠٤، ٩٣٢ من القانون المدني ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقاً للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ما دام البائع قد أعلمه بذلك

" (الطعن رقم ٢٧٦ لســنة ٣٣ق جلســة ١٩٦٨/٣/٢٨) ، وبأن " ملكية المنقول تنتقل – فيما بين المتعاقدين وبالنســبة للغير – بمجرد التعاقد إذا كان محل الالتزام شــيئاً معيناً بالذات ، مما مفاده أن تصرف البائع في الشئ لمشتر ثان يكون صادراً من غير مالك لأن ملكيته قد انتقلت منه إلى المشتري الأول فإذا تعرض الــخير للمشتري الثاني مدعياً ملكية المبيع وانتزعه منه حق للمشتري الثاني الرجوع على بائعه بضمان الاستحقاق " وبأنه " يكفى للرجوع بضمان الاستحقاق أن يحرم المشترى فعلا من المبيع لأي سـبب سـابق على البيع لم يكن له يد فيه ، ليس في مقدروه دفعه ولا يتوقف وجوده على صــدور حكم قضــائه بنزع ملكية المبيع من المشــتري " (طعن رقم ٥٥٤ لســنة ٤٦ق جلســة ١٩٨٢/١١/١٨)

﴿ الـمـــادة ٢٠٥ ﴾

" إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شـــئ لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشئ .

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصـــل على شـــيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلاله في الحالتين بحقه في التعويض ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢٠٦ سوري ، المادة ٢٠٨ ليبي ، المادة ٢٤٨ عراقي ، المادة ٢٥٠لبناني

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨١ من المشــروع التمهيدي علي وجه مطابق لما اســتقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١١من المشروع النهائي ، ثم وافق مجلس النواب ، ثم مجلس الشــيوخ تحت رقم المادة ٢٠٥ (مجموعة الأعمال التحضــيرية ٢ص٥١٧ – ص٥١٨)

وجاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه **" وللدائن أن يطال بالتنفيذ على هذا الوجه ولو امتنع المدين عن ذلك ويكون من واجب الدائن أن يعذر المدين ليثبت عليه امتناعه ، ثم يحصـل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد اسـتئذان القاضــي أو دون اســتئذانه عند الاســتعجال ، وللدائن كذلك أن يتخذ من الامتناع عن التنفيذ عينا ذريعة للمطالبة بتعويض نقدي يعادل قيمة الشيء ولا يكون أسـاس هذه المطالبة اسـتحالة التنفيذ وإنما يكون أسـاسـها اسـتيفاء الدائن للتعويض ، دون ممانعة من**

المدين ذلك أن من حق المدين أن يؤدي عين المعقود عليه لا قيمته وللدائن في كلتا الحالتين حالة الوفاء عينا وحالة الوفاء بمقابل أن يقتضي فوق ذلك ما يجب له من تعويض عن التأخير في التنفيذ "

﴿ الشـــــرح ﴾

- الالتزام بنقل حق عيني على شيء معين بنوعه : متى كان محل الالتزام شيئاً معينا بذاته ، فإن الحق الذي يتقرر عليه ينتقل فور نشـوء الالتزام وبحكم القانون ولو قبل التسـليم متى كان المحل منقولاً – إذ يتطلب القانون التسجيل لنقل الحق العيني بالنسبة للعقار – وسواء كان هذا الحق هو حق ملكية أو أي حق عيني آخر كحق انتفاع أو كرهن حيازي مع مراعاة أحكام نفاذ الرهن في حق الغير وفقاً للمادة ١١٠١ ومن ثم فإن تنفيذ هذا الالتزام جبراً على المدين يكون ممكنا إذ لا يتطلب ذلك تدخل شـخصـي من المدين (أنور طلبة ص١٨٥) أما أن كان محل الالتزام شـيئاً معيناً بنوعه فهناك يجب التمييز بين ما إذا كان الشـيء المعين بنوعه نقوداً أم غير نقوداً ، فإذا كان الشـيء المعين بنوعه نقوداً فإن المدين يلتزم بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضـها وقت الوفاء أي أثر (م ١٣٤ مدني) ورأينا أن السعر الإجباري للورق النقدي ، مما انخفض هذا السعر من جراء التضخم لا يتغير شيئاً في حكم هذه القاعدة ، وأن الاتفاق على الدفع بسعر الذهب باطل لمخالفته للنظام العام سواء كان ذلك في التعامل الداخلي أو في التعامل الدولي ، فإذا كان على المدين أن يدفع للدائن قدراً معيناً من النقود ، وجب أن يدفع له هذا القدر العددي دون زيادة أو نقص ولا تنتقل ملكيته من المدين إلى الدائن إلا عند القبض والسـبب في ذلك أن خصـائص النقود أن أي مقدار منها لا يتعين إلا بقبضـه ولا يكفي فيها إلا الإفراز ، فلو أن المدين من ماله خمسين جنيهاً هو القدر الواجب دفعه للدائن ، لم تنتقل ملكية هذا المقدار إلى الدائن بمجرد الإفراز ، بل تبقى النقود على ملك المدين ، وله أن يعدل عن دفع ما "أفرزه وأن يفرز مقداراً أخر بدلاً منه ولا تنتقل ملكية النقود إلى الدائن إلا عند قبضـها والتنفيذ العيني بدين من النقود ممكن دائماً طوعاً أو جبراً ويكون جبراً بطريق التنفيذ على مال المدين وبيعه واستقضاء الدين نقداً من الثمن (السـنهوري ص٧٠٤) ، أما إذا كان الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه ليس نقوداً فإن انتقال ملكية هذا الشيء أو أي حق عيني آخر يتعلق به إلى الدائن يكون بالإفراز ولو قبل التسـليم ، وأن شـخصـاً باع من آخر مائة قنطار من القطن أو خمسـين إردباً من القمح ، لم تنتقل الملكية إلى المشـتري بمجرد البيع ، لأن القطن أو القمح لا يتعين فلا يتصـور انتقال الملكية فإذا ما تم التعين ويكون ذلك بإفراز كمية من القطن أو القمح معادلة للمقدار المحدد بقصد تسليمها للمشتري أصبح المبيع شيئاً معيناً بالذات وانتقلت ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز دون حاجة في هذا إلى التسليم ، ويترتب على أن البائع لو أفرز المقدار المبيع بقصد تسـليمه إلى المشـتري ووضـعه في مكان معين – شونه أو المخزن – بغير

خطأ من البائع هلك المبيع على المشـــتري لأنه ملكه وانتقلت في الوقت ذاته تبعة الهلاك بالرغم من أنه لم يكن قد تسـلمه . على أن المألوف في التعامل هو أن يكون إفراز الشـيء عند تسـليمه إلى المشـــتري فيتم الإفراز والتســليم في وقت واحد ومن ثم يقال في بعض الأحيان أن الملكية تنتقل بالتسـليم على اعتبار أن الإفراز لم يتم إلا عند التسـليم لا على اعتبار أن التسـليم هو الذي ينقل الملكية . ويلاحظ من جهة أخرى أن الشيء الذي لم يعين إلا بنوعه إذا كان عقاراً –كما إذا باعت إحدى شـركات أراضـي البناء كذا متر من الأرض دون تعيين – فإن ملكية الأرض المبيعة لا تنتقل إلى المشتري بالتعيين ، بل بالتسليم وإنما تنتقل بالتسجيل الذي لا يتم طبعاً إلا بعد التعيين ويصبح المشتري مالكاً للأرض المبيعة بتسجيل عقد البيع ولو قبل التسليم (السنهوري ص٧٠٥) أما إذا أمتنع المدين عن الإفراز فإن المحل يكون غير معين ، ولكن للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني أو التعويض ، ويكون التنفيذ العيني في حالة المنقول المعين بنوعه ليس بإجبار المدين على إفراز المحل فذلك يتطلب إلزامه بالقيام بعمل وهو غير جائز لمسـاسـه بحريته الشـخصـية وإنما بلجوء الدائن إلى القضـاء بدعوى يطلب فيها التنفيذ العيني بالتصـريح له في شـراء محل مماثل على نفقة المدين (م١٣٣) ، كما لا يجوز للدائن في حالة الاستعجال أن ينفذ بنفسه التزام المدين عينا بشـــراء المحل ثم يرفع بعد ذلك دعوى يطالب فيها إلزام المدين بأن يدفع له الثمن الذي اشـترى به المحل ومصـاريف ذلك ، وحينئذ تبسـط المحكمة رقابتها على قيام الدائن بتنفيذ التزام المدين عينا دون اسـتئذانه فإن تحققت من توفر الاسـتعجال قضـت للدائن بما أنفقه ،أما أن تبين لها تسـرع الدائن قامت بتخفيض المبلغ إلى القدر الذي يتناسـب مع الثمن والمصـاريف في الظروف العادية وللمحكمة أن تسـتعين بأهل الخبرة في هذا الصـدد (م٢٠٩) ،ويحسـن أن يقوم الدائن قبل رفع الدعوى للاسـتئذان بالشـراء أو إذا ما رغب في الشـراء بنفسـه أن يعذر المدين للتنفيذ العيني ، وأن كانت صحيفة الدعوى تعتبر اعذرا إلا أن الإعذار السابق عليها قد يفيد الدائن إذا ما أبدى المدين استعداده لتسليم المحل بعد رفع الدعوى إذ يتعين في هذه الحالة إلزام الدائن بمصـاريف الدعوى ، خلافاً لحالة الإعذار السـابق ، إذ يثبت به الامتناع ومن ثم يتحمل المدين المصـاريف حتى لو سـلم بطلبات الدائن . ويجب الإعذار كلما طلب الدائن التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض (م ٢١٨ ،٢٢٠ مدني) وللدائن بدلاً من المطالبة بالتنفيذ العيني أن يتذرع بامتناع المدين عن التنفيذ رغم إعذاره ويطالب بالتعويض المتمثل في قيمة الشـيء نقداً مع تعويض عن التأخير في التنفيذ ويتم ذلك وفقاً للمواد ٢١٥ وما بعدها ، ويضـاف إلى ما تقدم أنه يجوز للدائن بدلاً من المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض أن يطالب بالفسخ إذا استحال التنفيذ لغير سبب أجنبي عن المدين وفقاً للمادة ٢١٥ كما يجوز للدائن أن يطالب بالفسـخ بدلاً من التنفيذ العيني وفقاً للمادة ١٥٧ (أنور طلبه ص١٨٦)

- المطالبة بالمنقول العيني بذاته أو بنوعه بطريق أمر الأداء : **تنص المادة ١/٢٠١ من قانون المرفعات (المعدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) على أن " استثناء من القواعد العامة في رفع الدعاوى ابتداء ، تتبع الأحكام الواردة في المواد التالية إذا كان حق الدائن ثابتاً بالكتابة وحال الأداء وكان كل ما يطالب به دينا من النقود معين المقدار أو منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره ، فإذا ورد الالتزام على منقول وتضـــمن العقد تعيناً له وكان مما يعين بنوعه ، فإن المطالبة به تكون بســـلوك طريق أمر الأداء ويظل المنقول معينا بنوعه في معنى المادة ٢٠١ من قانون المرافعات حتى لو سـبق إفرازه قبل اسـتصـدار الأمر ذلك أن الملكية في المنقول المعين بنوعه لا تنتقل إلا بالإفراز ، بحيث إذا قام المدين بإفراز المنقول المتعاقد عليه فإن ملكية الدائن تثبت ولو أمتنع المدين عن التسليم ويظل للدائن الحق في سلوك طريق أمر الأداء التنفيذ بموجبه على ما تم إفرازه ، فإن تعذر ذلك كان التنفيذ بطريق التعويض ما لم يقبل الدائن الوفاء بمثليات أخرى ، فإن لم يكن الإفراز قد تم ، وتوافرت الشـروط اللازمة لإصـدار أمر الأداء ، وجب على القاضـي إصـداره ويكون الدائن وشـأنه في تنفيذه ، فإذا امتنع المدين عن إفراز المنقول فلا يجبر عليه لمســـاســـه بحريته الشـخصـية ولا يبقى أما الدائن إلا رفع دعوى بالتنفيذ العيني بالتصـريح له في شـراء محل مماثل على المدين عملاً بالمادة ١٣٣ من القانون المدني ، وله في حالة الاســتعجال تنفيذ التزام المدين بنفســه بشـراء محل مماثل ، يدل ذلك على عدم جدوى اسـتصـدار أمر بالأداء في حالة المنقول المعين بنوعه إلا إذا قام المدين بتنفيذه طوعاً . وتفادياً للإلزام الذي أوجبته المادة ٢٠١ من قانون المرافعات وحتى لا يضـــطر الدائن إلى رفع دعوى لاحقة لتعذر التنفيذ العيني لالتزام المدين بإفراز المنقول المعين بنوعه إعمالاً لأمر الأداء يجوز للدائن رفع الدعوى مباشـــرة بإلزام المدين بتسـليم المنقول العيني بنوعه أو دفع قيمته وفقاً لتقدير الدائن لها ، وحينئذ تكون الدعوى مقبولة إذا لم تقتصـر الطالبات فيها على إلزام المدين بأداء هذا المنقول ، وإنما تعددت ذلك إلى إلزامه بقيمته أن امتنع عن التسـليم ، ولما كانت هذه القيمة يقدرها المدعي ، فإن احتمال المنازعة في ذلك يكون قائماً مما يحول فضـلاً عن تعدد الطلبات دون سـلوك طريق أمر الأداء وفي ذلك توفير للوقت والمصـاريف ، إذ قد يصـدر أمر الأداء ، ثم يرفع تظلم فيه ، ثم يطعن بالاستئناف في الحكم الصـادر في التظلم وبالنقض في حكم الاسـتئناف ، وبعد الوقت الطويل الذي قد تسـتغرقه تلك الإجراءات يمتنع المدين عن الإفراز مما يضـطر الدائن إلى البدء في سعي جديد برفع دعوى بالتنفيذ بطريق التعويض قد تستغرق هي الأخرى وقتاً مماثلاً (أنور طلبه ص١٨٧)**

﴿ المـــادة ٢٠٦ ﴾

" الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم " .

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢٠٧ سوري ، المادة ٢٠٩ ليبي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٢ من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٢من المشـروع النهائي ، ثم وافق مجلس النواب ، ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم المادة ٢٠٦ (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٢ص٥١٩ – ص٥٢٠)

وجاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أن : **"يتفرع من الالتزام بنقل حق عيني متى عين الشيء المعقود عليه والمحافظة عليه حتى يتم التسليم ، ويستوي في ذلك أن يكون المعقود عليه شيئاً معيناً بذاته أو شيئاً معيناً بنوعه فحسب .**

《 الشـــــرح 》

- الالتزام التبعي بتسليم الشيء والمحافظة عليه : **الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حق التسليم متى كانت طبيعة هذا الحق تتطلب هذا التسليم ، إذ ليس كل التزام بنقل حق عيني ينشئ التزاما تبعياً بالتسليم ، فالرهن الرسمي حق عيني تبعي ولكن لا يترتب عليه تسليم العين المرهونة خلافاً للرهن الحيازي (أنور طلبه ص١٩٠) ، على أن الالتزام بالمحافظة والتسليم لا يكون دائماً تابعاً لالتزام بنقل حق عيني ، كما هو الشأن في عقد البيع مثلاً ، بل أنه قد يقوم مستقلاً بذاته ، كما هي الحال في عقد الإيجار وعقد الوديعة ، وهو في كلا الحالتين يقبل التنفيذ العيني الجبري ، وذلك بأن يستعين الدائن بالسلطة العامة (السنهوري ص٧٣٤) ، ولا يكفى للقضاء بالتسليم صدور حكم في الالتزام الأصلي ، وإنما يجب أن يقرن الدائن بالتنفيذ العيني لهذا الالتزام القضاء بتسليمه محل هذا الالتزام وحينئذ تقدر الدعوى بقيمة الطلب الأصلي ، فإن لم يطلب الدائن التسليم مع طلب التنفيذ العيني ، تعين عليه رفع دعوى جديدة بالتسليم – إذا امتنع المدين عن ذلك – وحينئذ تعبر الدعوى غير مقدرة القيمة وتختص بنظرها المحكمة الابتدائية حتى لو كانت الدعوى الأصلية من اختصاص محكمة المواد الجزئية ، ولما كان طلب التسليم أثر من الآثار المترتبة على نقل الحق العيني فإن المحكمة تجيب الدائن إليه طالما أجابته في طلبه الأصلي ، يستوي في ذلك أن يكون المحل شيئاً معيناً بذاته أو بنوعه ، يشترط ألا يكون امتناع المدين عن التسليم راجعاً إلى توافر حقه في الحبس أو اعمالاً للدفع بعدم التنفيذ ومتى قضى بالتسليم ، امتد ذلك إلى العين وملحقاتها ولو لم ينص الحكم على تلك الملحقات ، وفي حالة الاختلاف على ما يعتبر من ملحقات العين بعد صدور الحكم النهائي ، وعدم قيام الدائن بتنفيذه ، يتصدى قاضي التنفيذ لهذا الخلاف عند فصله في الأشكال المتعلقة بذلك وهو بذلك لا يتناول الحكم بالتفسير ، وإنما يلتزم بنظافة لانصرافه إلى العين وملحقاتها . والقضاء في الأشكال قضاء وقتي يحوز حجية وقتية وبالتالي يجوز للمنفذ ضده اللجوء لمحكمة الموضوع بصدد هذا الخلاف ، فإن تبين لها أن الشيء محل الخلاف يعتبر من ملحقات العين فإنها تقضي بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها بالحكم السابق (أنور طلبة ص١٩٨)**

《 المــــادة ٢٠٧ 》

" إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن أعذر فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الإعذار على الدائن .

ومع ذلك لا يكون الهلاك على المدين ولو أعذر إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه ما لم يكن المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .

على أن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت فإن تبعة الهلاك تقع على السارق " .

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢٠٨ سوري ، المادة ٢١٠ ليبي

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٤ من المشـروع التمهيدي علي وجه مطابق لما اسـتقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٣من المشروع النهائي ، ثم وافق مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشـيوخ أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ، وذكر أن المقصود بالهلاك والضياع المشار إليهما في الفقرة الثالثة " الهلاك الكلي أو الجزئي وضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض أخر" وأصبح النص مطابقاً وصار رقمه ٢٠٧ ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص٥٢٣ – ص٥٢٤)

وجاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه " **يتفرع من الالتزام بنقل حق عيني متى عين الشـيء المعقود عليه ، التزام تبعي بالقيام بعمل يتمثل في وجوب تسـليم هذا الشـيء والمحافظة عليه حتى يتم التسليم ويستوي في ذلك أن يكون المعقود عليه شيئاً معينا بذاته أو شيئاً معينا بنوعه . وعلى المدين أن يبذل في تنفيذ هذا الالتزام التبعي عناية الرجل المعتاد ، فإذا هلك الشيء أو ضاع – والمقصود بالضياع نفس مادة الشيء أو عدم صلاحيته للغرض المطلوب ولو كان يصلح لغرض آخر – أو خرج عن التعامل من طريق نزع الملكية مثلاً – بغير خطأ من الملزم وقبل إعذاره ، اختلف الحكم تبعا لما إذا كانت تبعة الهلاك واقعة على عاتق الدائن أو على عاتق المدين ، ففي الحالة الأولى يتحمل الدائن الضـــرر ،وإنما يتعين على المدين أن ينزل له عما يكون من حق أو دعوى في التعويض عن هذا الشـــيء ، كالحق في التعويض الناشئ عن التأمين ، ودعوى التعويض بسبب العمل غير المشروع ، ودعوى الرجوع بناء على الإثراء بلا سبب ، والتعويض في مقابل نزع الملكية للمنفعة العامة ، وما إلى ذلك من الحقوق والدعاوى . أما في الحالة الثانية ، حيث تكون تبعة الهلاك على المدين ، كما هو الشـأن في البيع مثلاً ، فيتحمل وحده ما ينجم من ضـــرر عن الهلاك ، ولا يلزم بالنزول للدائن عن أي حق أو دعوى ولكن إذا هلاك الشـــيء بعد الإعذار تحمل المدين تبعة الهلاك ما لم تكن هذه التبعة واقعة على الدائن ، وذلك أن الإعذار يلزم المدين دليل التخلف ، ويثبت عليه بذلك خطأ يترتب مسئوليته متى كان هلاك الشيء من جراء الحادث الفجائي راجعة إلى هذا التخلف ، والواقع أن المدين في هذه الحالة يكون متسـببًا في الهلاك بفعله أما إذا أثبت المدين أن الشيء كان يهلك في يد الدائن أيضاً لو أنه سلم إليه كهلاك العقار بسـبب زلزال – فهو بهذا يقيم الدليل على أن الهلاك لا يرجع إلى تخلفه ، بل يرجع حقيقة إلى حادث**

فجائي ، وبذلك تندفع عنه التبعة وينقضـــي التزامه ، بيد أنه يتحمل هذه التبعة كاملة إذا كان الشـــيء مسروقاً متى كان هو السارق ، ذلك أن خطأه الأول في ارتكاب جريمة السرقة لا يسقط عنه ولو بإقامة الدليل على أن الهلاك يرجع في الحقيقة إلى حادث فجائي وغنى عن البيان أن القواعد التي تقدمت الإشارة إليها تسري على جميع ضروب الالتزام بالمحافظة والتسليم أياً كان وضعه سواء في ذلك أن يكون متفرعاً عن التزام بنقل حق عيني ، كما هو الشـأن في البيع والمقايضـة ، أو يكون مسـتقلاً قائماً بذاته كما هم الحال في الإجارة وعارية الاستعمال والوديعة .

﴿ الشـــــرح ﴾

- تبعة هلاك الشـيء قبل التسليم : سبق أن ذكرنا أن الالتزام بالتسليم قد يكون أصلياً كالالتزام برد الوديعة أو برد العين المؤجرة أو برد العين المرهونة ، فهذا الالتزام يتضـــمن القيام بعمل ، وقد يكون الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً مثل التزام البائع بتسليم العين المبيعة للمشتري لما يتضمنه من التزام بنقل حق عيني وتتحدد تبعة الهلاك وفقاً لما إذا كان التسـليم التزاماً أصـلياً أم تبعياً فإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني فإن الأصل أن يكون الهلاك على المدين بالتســليم ولو أنه أصــبح غير مالك إذا انتقلت الملكية إلى الدائن تنفيذاً للالتزام الأصـــلي بنقل الملكية ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتســـليم في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تختص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتســـليم ومن ثم كان الهلاك على المدين ،وهو مدين بنقل الملكية وبالتســـليم معاً وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة في كل من البيع والقسمة فنصت المادة ٤٣٧ على أنه " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ العقد واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع " ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق الملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت " وإذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً مستقلاً ، فالهلاك يكون على المالك ويغلب أن يكون هو الدائن بالتســـليم ، ولكن قد يكون المالك هو المدين بالتســـليم ، كما في التزام المؤجر بتســـليم العين المؤجرة للمستأجر. ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٥٦٩ مدني من أنه "إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه " فتبعة الهلاك هنا على المالك وهو المؤجر ، لا على المدين بالرد وهو المستأجر . وما نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ على أن " المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه وهذا تطبيق خاص بالهلاك بســبب الحريق ، فإذا نشـــأ الحريق بســـبب أجنبي – وعبء الإثبات على المستأجر –كان الهلاك على المالك أي على المؤجر ، وما نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٩١ على ما يأتي " على المســتأجر أن يرد العين المؤجرة بالحالة التي تسلمها عليها ، إلا ما يكون قد

أصــاب العين من هلاك أو تلف لســبب لا يد له فيه ، وهنا أيضــاً ترديد للمبدأ ذاته في حالة قيام المســتأجر بتنفيذ التزامه بالرد ، فهلاك العين بســبب أجنبي في هذه الحالة لا يكون عليه بل يكون على المالك وهو المؤجر الدائن بالرد كذلك ما نصــت الفقرة الثانية من المادة ٦٤١ على أن المستعير يكون في كل حال ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجيء أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاها باستعمال شيء من ملكه الخاص أو كان بين أن ينفذ شيئاً مملوكاً له أو الشــيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه " وهنا جعلت تبعة هلاك الشــيء المعار بســبب أجنبي في الأصــل على المالك وهو المعير طبقاً للمبدأ العام الذي قدمناه وإنما اختار المشــروع فرضــين فيما يهلك الشــيء بســبب أجنبي ولكن المســتعير كان يســتطيع إنقاذه بتضــحية ماله الخاص ، فجعل الهلاك في هذين الفرضــين لا على المعير وهو المالك والدائن بالرد بل على المســتعير وهو المدين بالرد لأنه كان ينتفع بالشـــيء دون مقابل وفي الوديعة يلتزم المودع عنده برد الشـــيء المودع كما تقضــي بذلك المادة ٧٢٣ إلا أنه إذا هلك الشــيء بســبب أجنبي كان الهلاك على المالك وهو المودع ، تطبيقاً للمبدأ العام وفي رهن الحيازة نصــت الفقرة الأولى من المادة ١١٠٢ على أن " يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطأه أو ناشئاً عن قوة قاهرة " ونصــت المادة ١١٠٣ على أنه " إذا تسـلم الدائن المرتهن الشـيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصـيانته من العناية ما يبذله الشـخص المعتاد وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لســبب أ؟جنبي لا يد له فيه " فهلاك العين المرهونة بســبب أجنبي على المالك وهو الراهن الدائن بالرد لا على المرتهن وهو المدين بالرد (الســنهوري ص٧١١) ، ولكن إذا قام المالك بإعذار المدين والتســليم ثم هلكت العين ، فإن هلاكها يكون عليه ولو كان بقوة قاهرة ، ولا يستطيع المدين أن يتخلص من هذه التبعة إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه ســلم إليه ، وذلك بداهة ما لم يكن المدين قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة .(عزمي البكري ص٥٣٥).

- تبعة هلاك أو ضياع الشيء المسروق : ينشأ عن السرقة التزام قانوني بالرد ، وهو التزام لا ينقضــي حتى لو ثبت الســارق أن الشــيء المســروق كان يهلك أيضــاً إذا ظل بيد المجني عليه المضــرور ،وحتى لو أعذر الأخير بتســليم الشــيء ثم هلك بعد الإعذار ومثل الشــيء المســروق المغتصــب ، ويقع على المغتصــب التزام قانوني بتسـليم الشيء فضـلاً عن ريعه ، فإذا هلك الشيء بيده وتحمل تبعة الهلاك حتى لو أثبت أن الشــيء كان يهلك أيضاً بيد صـاحبه أو أنه أعذر الأخير تسليمه (أنو طلبه ص١٩٤).
- إثبات التسـليم : التسـليم التزام تبعي للالتزام الأصـلي ، وبالتالي فهو تصـرف قانوني باعتباره وفاء بالالتزام ، ولذلك يخضع في إثباته للقواعد العامة .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " إذا كان الوفاء بالالتزام للدائن يعتبر تصـرفاً قانونياً يخضـع لوسـيلة الإثبات التي يحاج بها هذا الدائن أيا كان الموفى ، فإن تسـليم المبيع للمشـتري باعتباره وفاء بالتزام البائع ، يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع في إثباته للقواعد العامة (الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٥)

《 المـــادة ٢٠٨ 》

" في الالتزام بالعمل ، إذا نص الاتفاق أو اسـتوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢٠٩ سوري ، المادة ٢١١ ليبي ، المادة ٢٤٩ عراقي ، المادة ٢٥٠ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٥ من المشـروع التمهيدي علي وجه مطابق لما اسـتقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢١٤من المشروع النهائي ، ثم وافق مجلس النواب ، ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم المادة ٢٠٨ (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٢ص٥٢٥ – ص٥٢٦)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " إذا كان الالتزام الواجب تنفيذه التزام بعمل ، فينبغي التفريق بين حالة ضرورة قيام المدين نفسه بالوفاء ، وحالة انتفاء هذه الضرورة ، ففي الحالة الأولى يتعين على المدين أن يتولى أداء ما التزم به شخصياً كما إذا كان ممثلاً أ مغنياً أو مصوراً ، فإن امتنع عن ذلك كان الدائن أن يلجأ إلى الغرامات التهديدية ، أو التعويض النقدي ، عند عدم اشتراط جزاء "

《الشـــرح 》

- الالتزام بتنفيذ عمل معين : قد يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين الشـخصـي في هذا التنفيذ ويرجع ذلك إما إلى الاتفاق فيشـترط الدائن على المدين أن يقوم بتنفيذ الالتزام بنفسه ، وإما إلى طبيعة الالتزام ذاتها فهناك من الالتزامات ما تقتضي طبيعته أن يكون تنفيذه العيني على يد المدين شـخصـياً مثل هذه الالتزامات الأخيرة أن يتعهد مغن أو ممثل بالغناء أو بالتمثيل في حفلة فتنفيذ التزامه يقتضـي أن يغني أو يمثل هو بنفسـه أو أن يتعهد رسـام برسـم لوحة فنية أو نحات بصـنع تمثال أو جراح معروف بإجراء عملية جراحية ، فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام يقتضـي تدخل المدين الشـخصـي على النحو المتقدم جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين نفسـه ، كما نصـت على ذلك المادة ٢٠٨ فإذا امتنع المدين من أن يقوم بنفسـه بتنفيذ التزامه كان

للدائن أحد طريقين: (أولهما) أن يلجأ إلى طريق التهديد المالي (**astreintes**) وسنبسط أحكام هذه الطريق تفصيلاً فيما يلي (والثاني) أن يطالب المدين بالتعويض النقدي لتعذر التنفيذ العيني ، وقد يكون هناك شرط جزائي متفق عليه بينهما ، فيطالب الدائن بتنفيذ الدائن بتنفيذه طبقاً لأحكام الشرط الجزائي (السنهوري ص٧١٩)

﴿ المـــادة ٢٠٩ ﴾

" ١- في الالتزام بعمل ، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ،جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا .

٢- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢١ سوري ، المادة ٢١٢ ليبي ، المادة ٢٥٠ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٦ من المشروع التمهيدي بزيادة عبارة "ولم يكن ضرورياً أن ينفذه بنفسه ، وفي الفقرة الأولى ، ووافقت عليه لجنة المراجعة وأصبح رقمه ٢١٥ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب ،وفي مجلس الشيوخ حذفت عبارة ولم يكن ضرورياً أن ينفذ بنفسه ، من الفقرة الأولى لأن الدائن هو صاحب المصلحة فيجب أن يترك له التقدير فيما إذا كان المدين يجب عليه أن ينفذ الالتزام بنفسه أم لا وأصبح رقم المادة ٢٠٩ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص٥٢٧ – ص٥٢٨)

وقد جاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أن **" وفي الحالة الثانية يجوز للدائن أن يقتضي التنفيذ عينا من غير تدخل المدين بأن يستصدر إذنا من القاضي يخوله أن يتولى هذا التنفيذ على نفقة المدين (كإجراء إصلاحات عاجلة يلتزم المؤجر القيام بها مثلا) بل يجوز التجاوز عن إذن القضاء في حالة الاستعجال "**

﴿الشـــرح ﴾

- التـرخيص من القضـــاء في تنفيذ التزام المدين على نفقته : **إذا كان التزام المدين ممكناً دفع ذلك لم تقم تنفيذه جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء ليطلب ترخيصه في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ويكون الالتجاء إلى القضـــاء في صـــورة دعوى يطلب فيها الدائن الحكم بالتنفيذ العيني على نفقة المدين ، فيستطيع المستأجر مثلاً أن يطلب الحكم بإجراء إصلاحات عاجلة في العين المؤجرة على نفقة المؤجر وقد يكون ذلك بطريق الاستعجال إذا وجد مقتضى لذلك ومتى صدر الحكم نفذه المســتأجر بأن يتعاقد مع من يقوم بهذه الإصـــلاحات ويرجع بنفقاتها على المؤجر وكذلك الأمر في تعهد المقاول ببناء الدار فإنه يجوز للدائن أن يتعاقد مع مقاول آخر – وذلك بعد الحصـــول على حكم** بالتنفيذ العيني على نفقة المدين – فتبني الدار ويرجع الدائن بنفقات البناء

على المقاول الأول وتطبق هذه القاعدة في كل التزام بإنجاز عمل يمكن لغير المدين تنفيذه تنفيذاً عينياً دون تدخل شخصي من المدين فيستصدر الدائن حكماً بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة المدين (السنهوري ص٧١٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " القضاء بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً على نفقة المقاول عملاً بالمادة ٢٠٩ من القانون المدني مؤداه عدم استحالة تنفيذ العقد وبقائه نافذ الأثر بين طرفيه ، فيتحمل المقاول تبعته ويحاسب على نتيجته لا بالنسبة لما أتمه من أعمال فحسب بل بالإضافة إلى ما قد يكون رب العمل قد قام به من أعمال تكملة للأعمال المتفق عليها في العقد ذلك أن الأوضاع لا تستقر بين طرفي العقد إلا بعد المحاسبة على الأعمال التي قام بها المقاول وما عسى أن يكون رب العمل قد أتمه على أساس التنفيذ العيني للعقد (الطعن رقم٤٥ لسنة ٣٨ق س١٤ص٦١١جلسة ١٩٦٣/٤/٢٥) ، فإذا كان التنفيذ العيني لا يتحمل الإبطاء إلى أن يستصدر الحكم ، كما هي الحال في بعض صور الإصلاحات العاجلة بالعين المؤجرة جاز للمستأجر دون أن يستصدر حكماً يعهد إلى مقاول يقوم بهذه الإصلاحات العاجلة – ويحسن أن يكون ذلك بعد إعذار المؤجر – ثم يرجع بنفقة هذه الإصلاحات على المؤجر بدعوى يرفعها عليه يطالبه فيها بذلك وهنا يقدر القاضي الظروف المبررة فإن انتفى الاستعجال خفض النفقات إلى ما يراه ضرورياً لتنفيذ الالتزام أما أن كان الالتزام غير ممكن التنفيذ عينياً دون تدخل شخصي من المدين ويرجع ذلك إلى الاتفاق أو طبيعة الالتزام (مادة ٢٠٨) فيكون للدائن في هذه الحالة أن يلجأ لطريق التهديد المالي أو أن يطالب بالتعويض .

و قد قضت محكمة النقض بأن " ليس للدائن القيام بالتنفيذ العيني على نفقة المدين بغير ترخيص من القضاء وما أجازته المادة ٢٠٩ من القانون المدني للدائن في حالة الاستعجال من القيام بها التنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء أن هي إلا رخصة منحها المشرع للدائن ملحوظاً فيها مصلحته ولا يمكن مؤاخذته على عدم استعمالها فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أتخذ من عدم قيام المستأجر بالتنفيذ العيني – بإزالة أعمال التعرض من المؤجر بغير ترخيص من القضاء دليلاً على إساءة المستأجر استعمال الدفع بعدم التنفيذ – بالامتناع عن الوفاء بالأجرة – فإنه يكون قد آخذه على عدم قيامه بعمل لا يجيزه القانون أو لا يستلزمه ويكون هذا التدليل من الحكم فاسداً ومنطوياً على مخالفة للقانون (نقض س١٩٦٥س١٦ ص١٠١٨ جلسة ١٩٦٥/١١/١١)

﴿ المادة ٢١٠ ﴾

" في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢١١ سوري ، المادة ٢١٣ ليبي

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٧ من المشـروع التمهيدي على الآتي " ١- في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت طبيعة الالتزام بذلك ، ٢- ويكون الأمر كذلك بوجه خاص إذا كان المدين ملزما أن يقوم بإجراء يقتضـــه تنفيذ التصـــرف " وفي لجنة المراجعة أدخل تعديل لفظي طفيف ، وأصـبح رقم المادة ٢١٦ في المشـروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على النص وفي لجنة مجلس الشـــيوخ حذفت الفقرة الثانية لأنها تتضـــمن حكماً تطبيقياً لا حاجة إلى إفراد نص خاص به ، وأصبح رقم المادة ٢١٠ ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص٥٢٩ – ص٥٣١)

وقد جاء بمذكرة المشــروع التمهيدي أن **" يقوم حكم القاضــي مقام التنفيذ العيني أحياناً رغم ضـرورة وفاء المدين نفســه بما التزم به . فإذا امتنع البائع مثلاً عن التصـديق على إمضـائه في عقد البيع فلم يتيسر التسجيل ، جاز للمشتري أن يستصدر حكماً بصحة التعاقد ، فيكون هذا الحكم بمنزلة العقد ، وتنتقل ملكية العقار المبيع بمقتضاه ، عند تسجيله . وكذلك إذا وعد شخص بإبرام عقد وامتنع عن الوفاء بوعده جاز للمحكمة أن تحدد له ميعاداً للتنفيذ ، فإذا لم يقم بالوفاء في خلال هذا الميعاد ، حل حكم القضـــاء محل العقد المقصـــود إبرامه (أنظر المادة ١٥١ من المشـــروع) ففي كل من هذين التطبيقين يقوم الحكم مقام التنفيذ العيني ، ويغني عنه "**

﴿ الشــــرح ﴾

- قيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني : **قد تكون طبيعة الالتزام تسمح بأن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني بدون تدخل من المدين مثل التزام البائع بالتصـــديق على إمضـــائه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد فيصدر حكم القاضي بصحة التوقيع أو بصحة التعاقد ويكون بمثابة تصديق يمكن بعده تســـجيل البيع كذلك في الوعد بالتعاقد إذا أظهر الوعود له رغبته في أن يتم التعاقد وامتنع الواعد من إمضـــاء العقد ، كان للموعود له أن يســـتصـــدر حكماً بإثبات التعاقد ويقوم هذا الحكم مقام العقد الموعود بإبرامه . (السـنهوري ص٧١٩) ، وكذلك التزام الدائن المرتهن بشـطب الرهن بعد سـداد الدين فإن لم يتقدم لمكتب الشـهر العقاري مقراً بذلك جاز للمدين أن يسـتصـدر حكماً يقوم مقام التنفيذ العيني وبشطب موجبه الرهن . (أنور طلبه ص١٩١)**

وقد قضـت محكمة النقض بأن **" المقرر وعلى ما تقضـى به المادة ٢١٠ من القانون المدني – أنه في الالتزام بعمل حكم القاضـــي مقام التنفيذ إذا ســـمحت بهذا طبيعة الالتزام " (الطعن رقم ١٣٧٥ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/٢/٤)**

﴿ الـمــــادة ٢١١ ﴾

"١- في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشــيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

٢- وفي كل حال يبقى المدين مسئولا عما لا يأتيه من غش أو خطأ جسيم ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢١٢سوري ، المادة ٢١٤ ليبي ، المادة ٢٥١ عراقي .

وجاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه " **ترد صـــور الالتزام بعمل طائفتين جامعتين، تنظم أولاهما ما يوجب على الملزمة المحافظة على الشــيء أو إدارته أو توخي الحيطة تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما يتصل الإلزام فيه بسلوك الملزم وعنايته أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل كالالتزام بإصــلاح أله، وتقتصــر المادة على حكم الطائفة الأولى فتحدد مدى العناية التي يتعين على المدين أن يبذلها في تنفيذ الالتزام ، والأصــل في هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشــخص المعتاد فهي بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف في عناية سواد الناس بشئونهم الخاصة وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية أيا كان مبلغ تشدده أو اعتداله أو تساهله في العناية بشئونه نفسه . على أن نية المتعاقدين قد تنصـــرف إلى العدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين ،ومن ذلك ما يقع في الوكالة والوديعة غير المأجورة فغالباً ما يستخلص من الظروف أن العناية التي يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هي كناية كل منهما بشئونه الخاصة ، دون أن تجاوز في ذلك درجة العناية الوسطى ، وعلى نقيض ذلك يقصــد في عارية الاســتعمال ، عادة إلى إلزام المدين يبذل ما يبذل من العناية من شــئونه الخاصة على ألا يقتصر في ذلك عن درجة الوسطى ، ومتى تقررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين أعتبر كل تقصــير في بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يرتب مســئولية المدين ، ومهما يكن من أمر فمن المســلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتي من غش أ خطأ جسـيم ، سـواء أكان معيار العناية الواجبة ، معياراً عاماً مجرداً أو خاصاً معيناً .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- الالتزام ببذل عناية : قد أوردت المادة ٢١١ مدني ضروب الالتزام إما أن يكون متعلقاً بشيء أو متعلقاً بعمل ، فإذا كان متعلقاً بشيء فهو إما أن يكون : (١) المحافظة على هذا الشيء كالتزام المودع عنده بالمحافظة على الشيء المودع (م ٧٢ مدني) والتزام المستعير أو المستأجر بالمحافظة على الشيء المعار أو العين المؤجرة (م٦٤١وم٥٨٣مدني) (٢) أو أن يكون إدارة هذا الشيء مع المحافظة عليه كالتزام المرتهن "م١١٠٤" والوكيل في الإدارة وإذا كان الالتزام يبذل عناية متعلقة بعمل كالطبيب والمحامي كان المطلوب هو توخي الحيطة في القيام بهذا العمل وفقاً لأصول المهنة ، ويعتبر المدين قد وفى بالتزامه إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذل الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود فأخفق في العمل أو هلك الشيء أو انتهت إدارته بخسارة إذ ينصب الالتزام على بذل عناية وليس بتحقيق غاية ،ويجوز الاتفاق على عناية أقل أو أكبر طالما أن المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً .

وقد قضت محكمة النقض بأن " التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض وإنما هي التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلمه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطأه العادي أياً كانت درجة جسامته (مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٢ص ١٠٦٢ جلسة ١٩٧١/١٢/٢١) ، وبأنه " مسئولية الطبي الذي اختره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسئولية عقدية والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق النتيجة وإنما هي التزام ببذل عناية إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلمه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، وجراح التجميل إذا كان كغيره لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر (مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٠ص١٠٧٥ جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦) ، وبأن " النص في المادة ١/٧٣٤ من القانون المدني أن " يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل المعتاد " يدل على وجوب بذل عناية الرجل المعتاد في إدارة الأموال الخاضعة لحراسته وحفظها ولو زادت على عنايته في شئونه الخصوصية ما يلزمه بتحصيل أجرة الأطيان الموضوعة تحت حراسته في مواعيدها ،ولا يجوز له أن يحتج على المطعون عليهم بأن لم يحصل شيئاً من أجرة هذه الأطيان في مواعيدها (الطعن رقم

٧٣٨ لسنة ٤٥ق س٣١ع١ ص٢٤٠ جلسة ١٩٨٠/١/٢٢) ، وبأنه " نصت المادة ٢/٧٠٤ من القانون المدني على أنه إذا كانت الوكالة وجب على الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد مما مفاده أن التزام الوكيل في تنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية لا التزاماً ما بتحقيق غاية إلا أنه شيء يمنع من الاتفاق على أن يكون التزام الوكيل بتحقيق غاية من ذلك أن يتفق الموكل مع المحامي على ألا يستحق الأتعاب أو على أن يستحق المؤجل منها إلا إذا كسب الدعوى (الطعن رقم ٤٨٢ لسنة ٣٩ق ص٢٨ع١ ص٥١١ جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٣) وبأنه" مسئولية الطبيب لا تقوم – في الأصل – على أنه لا يلتزم بتحقيق غاية هي شفاء المريض ، وإنما يقوم ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه . ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة لينفتح باب الاجتهاد فيها ، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب يعد خطأ يستوجب مسئوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض ويفوت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل من الواقع أن الطاعن – طبيب – قد أمر بنقل مريض من مستشفى إلى أخر ، وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل في وفاتها واعتبر الحكم هذا التصرف خطأ لا يبرره له أدعاء الطاعن بعدم ضرورة التدخل الجراحي إذا أن هذا الإدعاء – بفرض صحته – لم يكن ليحول دون إحالة المريضة إلى القسم المختص لفحصها وتقرير العلاج اللازم لها وتأخير نقلها من هذا المستشفى إلى الوقت الملائم لحالتها المرضية ، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون " (طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

ولا يلزم المدين إلا ببذل عناية الشخص المعتاد حتى ولو كانت عنايته بشئون نفسه تجاوز ذلك ، فإن كانت عنايته بشئون نفسه ثقل عن عناية الشخص المعتاد وجب عليه بذل عناية الشخص المعتاد ، وهي عناية متوسطة يستخلصها قاضي الموضوع من طبيعة العمل . وتتوافر مسئولية المدين إن لم يبذل القدر المطلوب من العناية وبقدر التعويض عن الضرر الذي لحق الدائن وليس بقدر ما لم يبذل من العناية .(أنور طلبه ص٢٠٢)

﴿ المـــادة ٢١٢ ﴾

" إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام وله أن يطلب من القضـــاء ترخيصـــاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين" .

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية المادة ٢١٣سـوري ، المادة ٢١٥ليبي ، المادة ٣٢٥ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٨٩ من المشـروع التمهيدي على الوجه الآتي " إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام وله أن يطلب من القضـاء ترخيصـاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين وفي حالة الاسـتعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص " وفي لجنة المراجعة حذفت العبارة الأخيرة " وفي حالة الاســتعجال" لأن هذا الحكم قد يرفع في اضـطراب يحسـن تجنبه / وأصـبح رقم المادة ٢١٨ في المشـروع النهائي ووافق عليها مجلس النواب ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم ٢١٢ (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٢ص٥٣٤ ص٥٣٦)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" ١- إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل ، فمجرد إخلاله بالتزامه يرتب مســئوليته ، ويكون بذلك ملزماً بأداء تعويض نقدي .٢- وقد يكون الوفاء العيني ممكنا من طريق إزالة ما استحدث إخلالا بالالتزام ، وفي هذه الحالة يكون للدائن أن يستصدر إذنا من القضــاء بأن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، بل وله أن يتجاوز عن هذا الإذن على مســئوليته عن الاسـتعجال .٣- وأخيراً تحسـن الإشـارة إلى أمرين ، أولهما جواز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض النقدي ، عند أول إخلال يقع من المدين والثاني جواز العدول عن التنفيذ العيني ، ولو كان ممكنا والاكتفاء بالتعويض النقدي وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة ٢٧٩ ، إذا كان يصـيب المدين من جراء التنفيذ على هذا الوجه فادح ".**

﴿ الشـــرح ﴾

- الالتزام بالامتناع عن عمل : **الالتزام بالامتناع عن عمل هو التزام بتحقيق غاية تتمثل في ألا يقدم المدين على القيام بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه ، ويتوفر التنفيذ العيني لهذا الالتزام طالما خل المدين على امتناعه أما إن قام بالعمل المشـار إليه ، فإنه يكون قد أخل بالتزامه (أنور طلبه ص٢٠٢) والالتزام بالامتناع عن عمل له أمثلة كثيرة فبائع المتجر قد يلتزم بعدم منافسة المشتري في المتجر الذي باعه منه ، فيكون التزامه بعدم المنافسـة التزاماً بالامتناع عن عمل وإذا اسـتخدم مهندس في مصنع وتعهد المهندس ألا يعمل في مصنع منافس ، فهذا أيضاً التزام بالامتناع عن عمل ومقدم العمال إذا التزم ألا يقدم عمالاً غير منتمين لنقابتهم يكون قد التزم بالامتناع عن عمل ، والممثل أو المغني إذا تعهد ألا يمثل أو ألا يغني في غير مسـرح معين يكون قد التزم بالامتناع عن**

عمل ، كذلك البائع والمؤجر يتعهد كل منهما بعدم التعرض للمشــــتري أو المســــتأجر فهذا التزام بالامتناع عن عمل وفي كل هذه الأمثلة ترى الالتزام بالامتناع عن عمل مصـــدره العقد وقد يكون مصـــدر هذا الالتزام هو القانون فالجار ملتزم ألا يضـــر جاره ضـــرراً فاحشـــاً فهذا الالتزام قانوني بالامتناع عن عمل والطبيب والمحامي ملتزمان بعدم إفشـاء سـر المهنة والتزامهما مصـدره القانون والالتزام بعدم الإثراء على حســـاب الغير التزام قانوني بالامتناع عن عمل يترتب على الإخلال به مسئولية الإثراء بلا سبب .

- الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل : إذا ظل المدين ملتزماً بالامتناع عن العمل الذي التزم بالامتناع عنه ، فإنه يكون قائماً بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً . أما إذا أتى العمل الممنوع فإنه يكون قد أخل بالتزامه ، ولا يكون ثمة مجال إلا التعويض أما التنفيذ العيني نفسه فقد أصبح مستحيلاً بمجرد الإخلال بالالتزام ،ولكن يكون التعويض العيني عن مخالفة التزام المدين ويتم ذلك بإزالة المخالفة التي وقعت إخلالاً بهذا الالتزام والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به . والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام فإزالة المخالفة تكون في التعويض العيني (الســــنهوري ص٧٤٧- أنور طلبه ص٢٠٢) ، ويلاحظ هنا أن الدائن لا يحق له حتى في حالة الاستعجال أن يقوم بالإزالة دون استصدار حكم على أن يرجع إلى القضاء بعد ذلك خلافاً لما رأيناه في الالتزام بنقل حق عيني وفي الالتزام بعمل حيث يكون له هذا الحق وذلك أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف فلا يصبح للدائن أن يتولاه بنفسه دون استصدار حكم بذلك وقد كان المشروع التمهيدي ينص في المادة ٢٨٩ منه المقابلة للنص الحالي على أن للدائن "أن يطلب من القضـــاء ترخيصـــاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ، وفي حالة الاســـتعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص " إلا أن لجنة المراجعة حذفت عبارة "وفي حالة الاستعجال يكون له أن يزيل المخالفة دون ترخيص " لأن هذا الحكم قد يوقع في اضـــطراب بحســـن تجنبه (مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٢ ص٥٣٤) وكثيراً ما يكون التعويض العيني غير كاف لتعويض الضرر تعويضاً كاملاً يضاف إليه تعويض نقدي وإذا كان التعويض العيني مرهقاً للمدين ، ولا يترتب على القضاء بتعويض نقدي ضرر جسيم يلحق الدائن ، بحيث لا تتناسب الفائدة التي ستعود على الدائن من الإزالة مع الضرر الذي سيصيب المدين نتيجة لها . فإنه يكون للمحكمة بدلاً من القضاء بالإزالة أن تقضي للدائن بتعويض نقدي تطبيقاً للمادة ٢/٢٠٣ مدني . مثل ذلك أن يقيم الجار بناء فيجور بحســـن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، فللمحكمة بدلاً من أن تأمر بإزالة البناء أن تقتصر على تعويض صاحب الأرض الملاصقة تعويضاً نقدياً ، بأن ينزل هذا عن ملكية الجزء المشغول بالبناء في نظير تعويض عادل (م ٩٢٨ مدني) (عزمي البكري ص٥٥٥).

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ من القانون المدني أن القانون قد جعل الحكم بالتعويض بديلاً عن الحكم بالإصـــلاح العيني – عند مخالفة أحد الملاك

لقيود البناء الاتفاقية – في الأحوال التي تجوز فيها المطالبة بإصلاح المخالفات عيناً ، والتي ترى فيها المحكمة أن في ذلك إرهاق لصاحب العقار المرتفق به المالك المخالف – في هذه الأحوال يجوز للمحكمة الاكتفاء بالحكم بالتعويض " (طعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٥)

﴿ المـــادة ٢١٣ ﴾

" إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك .

وإذا رأى القاضي أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة ".

﴿التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢١٤ سوري ، المادة ٢١٦ ليبي ، المادة ٢٥٣ عراقي ، المادة ٢٥١ لبناني

وقد ورد هذا النص في المادتين ٢٩١، ٢٩١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ووافقت عليها لجنة المراجعة تحت رقمي ٢١٩و ٢٢٠ من المشروع النهائي ووافق عليها مجلس النواب وفي لجنة مجلس الشيوخ أدمجت المادتين في مادة واحدة وأصبح رقمها ٢١٣ وفسرت عبارة غير ملائم بالمثل الذي التزم بعدم التمثيل على المسرح آخر ثم أخل بالتزامه فالتنفيذ العيني هنا ممكن ولكنه غير ملائم ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص٥٣٦ –ص٥٣٨)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " **وتسري قواعد الغرامات التمهيدية على كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل أياً كان مصدره متى كان الوفاء به عينا لا يزال في حدود الإمكان وكان هذا الوفاء يقتضي تدخل المدين نفسه والغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يقتضي بإلزام المدين بأدائه ، عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية فترة معينة من الزمن ، أو عن إخلال يرد على الالتزام ويقصد من هذه الغرامة إلى التغلب على ممانعة المدين المتخلف ، ولهذا أجيز للقاضي أن يزيد فيها إزاء تلك الممانعة كلما آنس أن ذلك أكفل بتحقيق الغرض المقصود" .**

《 الشـــــرح 》

- تطلب التنفيذ لتدخل شخص من المدين : قد يتطلب التنفيذ العيني للالتزام التدخل الشخصي من المدين ، فإن امتنع عن التنفيذ جاز للدائن أن يستصدر ضده حكماً بإلزامه بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك وهذا الحكم هو ما نصت عليه المادة ٢١٣ مدني سالفة الذكر في فقرتها الأولى بقولها : إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك "
- المقصود بالغرامة التهديدية : يقصد بالغرامة التهديدية أو التهديد المالي الحكم على المدين – بناء على طلب الدائن – بمبلغ معين عن كل يوم أو أية وحدة زمنية يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه إلى ما بعد الوقت الذي يحدده القاضي للتنفيذ وتستمر الغرامة حتى يقوم المدين بالتنفيذ . فهي ليست تعويضاً للدائن من جهة أخرى ولكنها وسيلة لحث المدين على تنفيذ التزامه عن طريق أثرها النفسي عليه (محمد كمال عبد العزيز ص٧٦٦).
- طبيعة الغرامة التهديدية : الغرامة التهديدية ليست تعويضاً فهي لا تقاس بمقياس الضرر ولا يتوقف عليه إطلاقاً وإذا حكم القاضي بغرامة تهديدية لا يسبب حكمه بخلاف الحكم بالتعويض فإنه واجب التسبيب كما أن الغرامة التهديدية ليست عقوبة خاصة وإن كانت تشبه العقوبة والفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها أما الغرامة التهديدية فهي شيء وقتي قدمنا ، ولا تنفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض نهائي وهي في هذا التحول قد تنقص أو تلغي فالذي ينفذ في الواقع من الأمر ليس هو الغرامة التهديدية الوقتية بل هو التعويض النهائي وإنما الغرامة التهديدية وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ التزامه فهي إذن وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري وهي وسيلة غير مباشرة تتفق في هذا مع الإكراه البدني الذي هو أيضاً وسيلة غير مباشرة وتختلف عن التنفيذ القهري وهو وسيلة مباشرة ولما كانت الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة فهي قد تنجح وقد لا تنجح تبعاً لما انتهى إليه المدين من تنفيذ التزامه والإصرار على عدم التنفيذ (السنهوري ص٧٣٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الغرامة التهديدية كما يدل عليه اسمها وتقتضيه طبيعتها هي – كالإكراه البدني – ليس فيها أي معنى من المعاني الملحوظة في العقوبة . كما أنه ليس فيها معنى التعويض عن الضرر وإنما الغرض منها هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه على الوجه الأكمل وهي لا تدور مع الضرر وجوداً وعدماً ولا يعتبر التجاوز عنها في ذاته تجاوز بالضرورة عن ضرر حاصل أو تنازلاً عن تعويض الضرر بعد استحقاقه خصوصاً إذا اقتضى عدم التمسك بها دواعي العدالة أو دوافع المصلحة كما أن ورودها في القيود الدفترية الحسابية للمنشأة لا يغير من طبيعتها التهديدية لا التعويضية هذه ،وذلك للعلة المتقدمة ، ولأن من القيود الدفترية ما هو حسابات نظامية بحت لا تمثل ديوناً حقيقية

ومنها ما هو عن ديون تحت التسوية والمراجعة وإذا كان ذلك نتيجة الجريمة المسندة إلى المتهم هي الإضرار بمصالح الجهة صاحبة الحق في التمسك بالغرامة التهديدية ، تعين ابتداء أن يثبت الحكم وقوع الضرر بما ينحسم به أمره لأنه لا يستفاد بقوة الأشياء من مجرد عدم التمسك بإيقاع تلك الغرامة ولا يستفاد كذلك بإدراج مبلغها في دفاتر المنشأة وذلك كله بفرض أن المتهم صاحب الشأن في إيقاعها أو التنازل عن التمسك بها (مجموعة محكمة النقض من ٢٠ص١٠٥٦ جلسة ١٩٦٩/١٠/١٣)

- شروط الحكم بالغرامة التهديدية : يشترط للحكم بالغرامة التهديدية توافر الشروط الآتية : الشرط الأول : أن يكون تنفيذ الالتزام عيناً لا يزال ممكناً تفترض طبيعة الحكم بالغرامة التهديدية أن يكون هناك التزام لا يزال في الإمكان تنفيذه عيناً فإذا لم يكن هناك التزام أصلا فلا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية وعلى ذلك لا يجوز الالتجاء إلى التهديد المالي لإجبار أحد الخصوم في دعوى على الخصوم أمام المحكمة لأنه ليس ملزما بالحضور ، كذلك لا يجوز الاستعانة به لحمل أحد الشركاء في جريمة على إفشاء أسماء شركائه لأنه ليس ملزما قانونا بذلك (أنو ر سلطان ص١٨١) ، على أن وجود الالتزام لا يكفي لتبريد الحكم بالغرامة التهديدية ، بل يجب أن يكون تنفيذه عينا لا يزال ممكنا ، أما أن أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً كهلاك العين المطلوب تسليمها أو أصابة الرسام بشلل يمنعه من الرسم أو قيام المدين بالعمل الذي حظر عليه ، ففي هذه الحالات وما شابهها يمتنع القضاء بالغرامة التهديدية لانتفاء محلها على أنه إذا قضى بها ثم قام المدين بتنفيذ التزامه عينا في الوعد الذي حددته المحكمة فلا تسري الغرامة المقضي بها لأنها مشروطة بعدم التنفيذ (أنور طلبة ص٢٠٦) الشرط الثاني : أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، يشترط ثانياً أن يكون التنفيذ العيني غير ممكن أو ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه وذلك كما في الالتزام بالقيام بعمل كالتزام المهندس بتقديم رسم هندسي أو رسام بعمل لوحة أو بإلزام شخص بتقديم مستندات تحت يده أو بإلزام وكيل بتقديم حساب ولا يجوز في هذه الحالات إكراه المدين على التدخل لما في ذلك من مساس بحريته الشخصية وهو غير جائز فلا يكون من سبيل إلا الغرامة التهديدية ، وكذلك يجوز اللجوء للغرامة التهديدية في الالتزام بالامتناع عن عمل ، كالتزام ممثل بعدم التمثيل في فرقة معينة أو التزام مهندس بعدم العمل بمصنع معين أو التزام تاجر بعدم فتح متجر خاص بتجارة معينة في منطقة معينة ، ففي هذه الحالات يجوز اللجوء للغرامة التهديدية حتى يكف المدين عن الإخلال بالتزامه . ولكن إذا تعلق الالتزام بنقل حق ملكية أو حق عيني آخر فإن الغرامة التهديدية لا يكون لها محل ذلك لأن تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً يكون ممكنا بدون تدخل المدين ، كذلك لا داعي إلى الحكم بالغرامة التهديدية إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، لأن في مكنة التنفيذ على أموال المدين ما يغني

عنها . الشـرط الثالث : الإلتجاء إلى المطالبة بالغرامة التهديدية : يجب أن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية ويخضع هذا الطلب متى توافر الشرطان السابقان لتقدير القاضي فقد يجيبه وقد يرفضـه ويجوز إبداء هذا الطلب في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى أمام الاستئناف دون اعتبار ذلك طلباً جديداً (أنور طلبه ص٢٠٧) .

- سلطة القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية : **الحكم بالغرامة التهديدية يدخل في اختصاص كافة أنواع المحاكم من عادية أو استثنائية ، ومن مدنية أو تجارية أو جنائية إذا كانت تقضي في التزام مدني ، كما أن هذا الاختصاص ثابت لقاضي الأمور المستعجلة دون أن يصل إلى تحويل الغرامة التهديدية إلى تعويض حيث أن ذلك يخرج عن سلطته .كذلك من المسلم به أن طلب الحكم بالغرامة التهديدية يجوز إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ويعلل البعض ذلك بأن هذا الطلب لايعتبر طلباً جديداً بل طلباً تابعاً المطلب الأصلي ، ويعلله البعض الأخر ورأيهم الراجح بأنه إذا كان للمحكمة سواء كانت ابتدائية أم استئنافية أن تقضي من تلقاء نفسها بالغرامة التهديدة لمساندة حكمها بالتنفيذ العيني ولضمان تنفيذه فليس هناك ما يمنع إبداء هذا الطلب لأول مرة أمام محكمة الاسئناف خاصة وأن هذا الطلب لا يعتبر في الحقيقة طلباً قضائياً بالمعنى المعروف والحكم بالغرامة التهديدية أمر جوازي لمحكمة الموضوع تقديره بحسب ظروف الدعوى ،ولا يخضع تقديرها في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض أما توافر شروط الحكم بهذه الغرامة فمسألة قانونية تدخل في اختصاص هذه المحكمة (أنور سلطان ص١٨٥)**
- خصائص الحكم بالغرامة التهديدية : **يتميز الحكم بالغرامة التهديدية بالخصائص الآتية: أولا : أنه وسيلة تهديدية يقصد بها التغلب على المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه ولذا يكون تقدير الغرامة تقديراً تحكمياً يراعى فيه القاضي المركز المالي للمدين ودرجة تعنته دون نظر إلى الضرر ويزيد القاضي من هذه الغرامة كلما طال تعنت المدين تحقيقاً للغرض منها ، ألا وهو ارهاب المدين لحمله على تنفيذ تعهده (م ٢/٢١٣) (أنور سلطان ص١٨٤) .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" حكم الإلزام بدفع الغرامة التهديدية – وهي لا تعدو بدورها وبحسب طبيعتها أن تكون حكماً تهديدياً بتعويض مؤقت للتغيير والتقدير طبقاً للمادة ٢١٣ من القانون المدني ومن ثم لا يجوز التنفيذ به جبراً عن المدين " (الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٥) ، (الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٦/٥)**

ثانياً : الحكم بالغرامة التهديدية حكم وقتي ويترتب على أن هذا الحكم وقتي أنه لا يجوز حجية الأمر المقضي ولو صار انتهائياً فيجوز للمدين أن يطلب إعفاءه من الغرامة أو خفضها إلى القدر المناسب ، ولا يتعرض عليه في ذلك بأن الحكم صار انتهائياً ولا يجوز نظر موضوعه من جديد ، وكذلك يجوز

للدائن إذا لم يتمثل المدين في وقت قريب أن يطلب إلى المحكمة زيادة الغرامة التهديدية بالقدر الذي يكفي للتغلب على عناد المدين ولا يعترض عليه في ذلك بحجية الأمر المقضـــي ويترتب على أن هذا الحكم تهديدي أنه لا يعتبر ســـنداً تنفيذاً يخول الدائن أن يباشـــر التنفيذ على أموال المدين بالمبالغ المحكومة بها على ســـبيل التهديد ، وإنما يتعين على الدائن أن يلجأ إلى المحكمة مرة أخرى بعد أن يتكشـــف موقف المدين من التنفيذ الذي أمرت به لكي يحصـــل منها على حكم جديد بتصـــفية قيمة الغرامة التهديدية في ضـوء مسـلك المدين ويكون هذا الجديد هو السـند الصـالح للتنفيذ (سـليمان مرقص ص١٠٢) ثالثاً : أن الغرامة التي يحكم بها ليست تعويضاً عن ضرر وقع ، بل هي وسيلة لتوقي ضـــرر مســـتقل من طريق حمل المدين على تنفيذ التزامه . ومن ثم لا يراعى فيه أن يكون متناســـبا مع الضـــرر الذي يحتمل وقوعه مســـتقبلاً بســـبب عدم التنفيذ ، بل يراعى فيه أن يكون كافياً لحمل المدين على الوفاء فلا يتقيد القاضـــي في ذلك بقواعد تقدير التعويض بل يكون له فيه ســـلطة تحكمية وإنما يراعى فيه قدرة المدين المحتلة على المقاومة ، أي على التمادي في رفض التنفيذ العيني فإذا كان المدين شركة قوية مثلاً وجب على القاضي أن يحكم بغرامة مرتفعة وعلى العكس إذا كان المدين شخصاً ضـــعيفاً ، ولأن الغرض من هذه الغرامة منع المدين من الاســـتمرار في عدم الوفاء ، كان من المتعين تقديرها والحكم بها عن كل فترة معينة يســـتمر فيها تأخير المدين في الوفاء عن الأجل الذي عين له ، كأن تكون الغرامة عن كل يوم أو عن كل أسبوع أو عن كل شـهر يمضـي على المدين دون تنفيذ التزامه ولما كان الحكم بالغرامة التهديدية يختلف عن الحكم بالتعويض ، إذ التعويض لابد أن يكون قدر الضـــرر فإنه يجب دائما تفسـير حكم القضـاء هل هو حكم بغرامة تهديدية أم حكم بالتعويض حتى ولو أخطأت المحكمة وأعطت حكمها وصـف الغرامة التهديدية (عزمي البكري ص٥٦٨) ، فمثلاً إذا التزم شـخص بتسـليم سـيارة لآخر جاز للمحكمة أن تقضـي بتعويض يومي عن كل يوم يتأخر فيه المدين عن تســـليمها ويحرم فيه بالتالي الدائن من اســـتعمالها والمرجع لمعرفة هل نحن بصـــدد تعويض أو غرامة تأخيرية يتلخص في معرفة هل المحكمة قضـــت بالمبلغ الذي قضـــت به مراعية الضـــرر الذي يصـــيب الدائن من التأخر في التنفيذ وبقدر هذا الضـرر ، إذا كان الأمر كذلك كنا بصـدد حكم بالتعويض ، وإن كان التعويض محســـوباً على أســـاس كل يوم من أيام التأخير ، أما إذا كان بصـــدد حكم يبدو فيه ارتفاع المبلغ المحكوم به عن الضـــرر الذي يصـــيب الدائن من التأخير في التنفيذ ، كان الحكم بغرامة تهديدية .(عزمي البكري ص٥٦٩).

﴿ المـــــادة ٢١٤ ﴾

" إذا تم التنفيذ العيني أو أصـــر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضـــي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعياً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن ، والعنت الذي بدا من المدين ".

﴿التعليـــق﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢١٥سوري ، المادة ٢١٧ليبي ، المادة ٢٥٤ عراقي ، المادة ٢٥١ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا أن المشـــروع التمهيدي اشـــتمل على لفظ نهائيا بعد عبارة حدد القاضـــي ، واستعمل لفظ التعنت بدلا من لفظ العنت ـــ وأقرت لجنة المراجعة المشروع التمهيدي بعد حذف لفظ نهائيا وقد ســـأل أحد الأعضـــاء في اللجنة هل الحكم بالغرامة التهيديدية يكون قابلا للتنفيذ إذا كان صادرا من محكمة آخر درجة أو كان الحكم الأصلي مشمولا بالنفاذ المعجل ؟ وبعد المناقشة استقر رأى اللجنة على أن الحكم بالغرامة التهديدية يلحظ فيه التعنت الذي يبدو من المدين هذا الى أنه إذا أصر المدين على رفض التنفيذ كان هذا كافيا ليحدد القاضي نهائيا مقدار التعويض ، وأصبح رقم المادة هو ٢٢١ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، وكذلك لجنة الشيوخ بعد استبدال لفظ العنت بلفظ التعنت وأصـــبح رقم المادة هو ٢١٤ ووافق عليها مجلس الشـــيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٣٩ – ٥٤١)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن **" الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم مؤقت تنتفي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه أما بوفائه بالالتزام وأما بإصـراره على التخلف فإذا اسـتبان هذا الموقف وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمة ليفصل في موضوع الخصومة فإذا كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به وإلزامه بالتعويض الواجب عن الضـرر الناشـئ عن عدم الوفاء ولكن ينبغي أن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض .**

﴿الشـــرح﴾

- تقدير الغرامة التهديدية : **رأينا أن الحكم بالغرامة التهديدية حكم مؤقت مصـيره إلى التصـفية وفقاً لما ينتهي إليه مسـلك المدين فإن نقد التزامه عينا، حط القاضـي عنه الغرامة التهديدية وألزمه بالتعويض عن التأخير إذا رأى محلاً لذلك بالاضـــافة إلى ما يقدره من غرامة عما كان من عنت المدين في البداية (أنور سـلطان ص١٨٨) ، أما إن أصـر على رفض التنفيذ حدد القاضـي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعياً في ذلك الضـرر الذي أصـاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين بد من تحويلها إلى تعويض نهائي فيجب إذن أن يلجا الدائن إلى محكمة الموضـــوع طالباً**

تصفية الغرامة التهديدية والحكم على المدين بتعويض نهائي يستطيع أن ينفذ به على أمواله ، فقد رأينا أن الغرامة التهديدية لا يستطيع أن ينفذ بها هذا وليس ثمة ما يمنع الدائن من أن يطلب التنفيذ الجبري للالتزام بعد أن يتبين أن التهديد المالي لم يثمر في التغلب على عناد المدين ويتحقق ذلك إذا كان التنفيذ القهري دون تدخل المدين ممكنا وإنما التجأ الدائن إلى التهديد المالي لأن هذا التنفيذ غير ملائم فلما أصر المدين على عدم التنفيذ وكان التنفيذ القهري لا يزال ممكنا جاز للقاضي أن يحكم به مع التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء التأخير في هذا التنفيذ (السنهوري ص٧٤٠)

الفصل الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

﴿المـــادة ٢١٥ ﴾

" إذا استحال عن المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " .

﴿التعليـــق﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢١٦ سوري ، المادة ٢١٨ ليبي ، المادة ١٦٨ عراقي ، المادة ٢٤٥– ٢٥٦.

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٩٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما ستقر عليه في التقنين الجديد وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٢٢ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢١٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص٥٤٦ –ص٥٤٨)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " يتصرف نصها إلى الالتزام التعاقدي بوجه خاص فيتعين الحكم على المدين بالتزام تعاقدي بوجوب الوفاء عينا ، إذا طلب الدائن ذلك ألا يكون هذا الوفاء قد أصبح مستحيلاً وعلى هذا النحو يفترض التخلف تقصير المدين أو خطاه فإذا أراد أن يدفع نفسه ، فعليه يقع عبء إقامة الدليل على أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي ، لابد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير أو خطأ من الدائن نفسه ، على نقيض ما يجرى في المسئولية التقصيرية فيفرض أن المدين يبذل عناية الرجل المعتاد ما لم يثبت المضرر أن هذا المدين قد أخل بما وجب عليه وبهذا يقع عبء الإثبات في المسئولية التقصيرية على الدائن "كما جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي " ويراعى أن المدين لا يطالب بإثبات السبب الأجنبي في الالتزام بالمحافظة

أو بالإدارة أو بتوخي الحيطة في تنفيذ ما التزم به ، بل يكفي أن يقيم الدليل على أنه بذل عناية الشخص المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود "

《 الشـــرح 》

- التنفيذ بطريق التعويض عند اســتحالة التنفيذ العيني : **متى أصــبح التنفيذ العيني للالتزام مســتحيلاً بخطأ المدين ، لم يبق إلا التنفيذ بطريق التعويض ويعتبر التنفيذ العيني مســتحيلاً إذا كان هذا التنفيذ يقتضــي تدخل المدين الشـخصــي وامتنع هذا عن التنفيذ ولم يجد التهديد المالي في التغلب في عناده وقد سـبق بيان ذلك وحتى إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين ولكن لم يطلبه الدائن ولم يتقدم المدين به فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محل التنفيذ العيني كما رأينا . وحتى إذا طلب الدائن التنفيذ العيني ولكن هذا التنفيذ كان مرهقاً للمدين ولكن عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على الدائن فإن القاضي يقتصر على الحكم بتعويض . وقد سبق تفصيل ذلك . ثم إنه يجب للتنفيذ بطريق التعويض كما يجب للتنفيذ العيني إعذار المدين وسـنتكلم تفصـيلاً في الإعذار عند الكلام في تقدير التعويض عن طريق القاضي (السنهوري ص٧٤٣)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" من المقرر أن الأصل وفقاً لما تقضي به المادتان ١/٢٠٣ ٢١٥ من القانون المدني هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصــار إلى عوضــه أو التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني وأن تقدير تحقق ذلك الاستحالة مما يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة " (الطعنان ٢٤٦٩، ٢٥١٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/٥/١٦)**

- كل التزام أيا كان مصدره يجوز تنفيذه بطريق التعويض : **وكل التزم أيا كان مصدره يجوز التنفيذ عن طريق التعويض فالالتزام العقدي ســواء كان التزاماً بنقل ملكية أو التزاماً بالامتناع عن عمل يكون تنفيذه بطريق التعويض وبخاصة إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلاً بخطأ المدين ويصبح التنفيذ العيني مســتحيلاً في الالتزام بعمل الوســائل اللازمة للقيام بهذا العمل أو كان ينبغي أن يتم القيام به في مدة معينة وانقضـــت هذه المدة وفي الالتزام بالامتناع عن عمل إذا أتى المدين الأمر الممنوع وقد مر بيان ذلك تفصــيلاً فيما تقدم والالتزامات التي لا يكون مصــدرها العقد يغلب أن يكون تنفيذها بطريق التعويض فالالتزام التقصيري ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو أن يتخذ الشـخص الحيطة الواجبة لعدم الإضـرار بغيره وجزاء هذا الإخلال هو تعويض وهذه هي المسـئولية التقصيرية والالتزام الناشئ من الإثراء بلا سبب ليس إلا نتيجة للإخلال بالتزام قانوني آخر ، هو ألا يثري الشخص على حساب غيره بدون سبب وجزاء هذا الإخلال هو التعويض وكثير من الالتزامات القانونية الأخرى وكون تنفيذها بطريق التعويض كالتزام الجار إلا يضـر بجاره ضـرراً فاحشـاً والالتزام بعدم إفشـــاء ســـر المهنة وهناك من الالتزامات القانونية ما يمكن تنفيذه عيناً ، كالالتزام بالنفقة**

والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام ومع ذلك يجوز عند الإخلال ببعض هذه الالتزامات أن يكون التنفيذ بطريق التعويض .(السنهوري ص٧٤٤)

- اشتراط حصول ضرر : يشترط للتنفيذ بطريق التعويض أن يكون قد نشأ عن عدم الوفاء ضرر للدائن لأن الغرض من التنفيذ بمقابل هو إعطاء الدائن مقابلاً يعوضه عما فاته من ربح وما لحقه من خسارة بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ، فإذا كان عدم التنفيذ لم يفوت على الدائن ربحاً ولم يلحق به خسارة ، فلا يكون ثمة محل للتعويض . وعدم ذكر شرط الضرر في المادة ٢١٥ لا يفيد عدم ضرورة هذا الشرط لأن طبيعة الأشياء تقتضيه إذ أن التعويض لا يكون إلا عن ضرر .(عزمي البكري ص٥٧٥)
- نوعا التعويض : التعويض نوعان ، تعويض عن عدم التنفيذ وتعويض عن التأخير وكلاهما تنفيذ بمقابل . وهذا واضح في التعويض عن عدم التنفيذ حيث يلزم المدين الذي لم ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً بتعويض يحل محل ما كان يجب عليه أن يؤديه وكذلك الحال إذا لم ينفذ المدين التزامه سوى تنفيذا جزئياً جزئياً أو معيباً ، فيلزم بتعويض النقض وهو أيضاً فيما يتعلق بالتعويض عن التأخير إذ أن التنفيذ لا يكون كاملاً إلا "إذا قام به المدين في ذات الظروف التي كان عليه تأديته فيها ، ولذلك يتضمن التأخير في التنفيذ إخلالاً جزئياً بالالتزام فإذا كان المدين لا يوفي بدينه إلا متأخراً كان التنفيذ العيني غير كامل ، و ألزم بتعويض يحل محل هذا النقض هو التعويض عن التأخير . (عزمي البكري ص٥٧٦، إسماعيل غانم ص١١ وما بعدها)، والتعويض عن عدم التنفيذ يحل محل التنفيذ العيني ، ولا يجتمع بالبداهة معه . أما التعويض عن التأخير فيجتمع مع التنفيذ العيني إذا قام المدين بتنفيذ التزامه متأخراً عن الميعاد المعين له ، كما يجتمع مع التعويض عن عدم التنفيذ إذا لم يقم المدين أصلاً بما تعهد به . والالتزام بالتعويض لا يعتبر في الفقه التقليدي التزاماً جديداً حل محل الالتزام الأصلي ، وإنما هو طريق لتنفيذ هذا الالتزام ، ولذلك فإن التأمينات المقررة لضمان التزام المدين تبقى لضمان الوفاء بالتعويض ، (أنور سلطان ص١٩١)
- المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية : الأصل أن المسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي ، تكون مسئولية عقدية فلا يسأل المدين إلا عن الضرر الذي كان متوقعاً وقت التعاقد ويجب الإعذار إن لم يتضمن العقد إعفاء منه ، لكن إذا كون الإخلال بأحد الالتزامات العقدية جريمة جنائية كما لو أعاد البائع بيع وحده في عقاره مرة أخرى هو المؤثم بقانون إيجار الأماكن وينطوي على الإخلال بالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري الأول أو كان الإخلال وليد غش أو خطأ جسيم فإن المسئولية في هذه الحالات تقصيرية وليست عقدية (أنور طلبة ص٢١٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية نطاق كل منهما إخلال المتعاقد الذي يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً وجوب أعمال أحكام المسئولية التقصيرية (الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٧، الطعن رقم ٦٧٨ لسنة ٤٦ق جلسة

١٩٨٠/١/١٨) ، وبأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أنه إذا طبقت محكمة الموضوع خطأ أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق فإنها تكون قد خالفت القانون إ يتعين عليها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها لأن تحديد طبيعة المسئولية التي يتولد عنها حق المضرور في طلب التعويض يعتبر مطروحاً عليها (الطعن ٢٠٩١ س٥٧ق جلسة ١٩٩١/١/٢) ، كما قضت بأن " إذا كان المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط بها المضرور مع المسئول عنه بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عن عدم تنفيذه بما يخل بالقوة الملزمة إلا إن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد العاقدين كان نتيجة فعل العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تحقق به في حقه أركان المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقد وأن استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك مادامت الوقائع تسمح به (الطعن رقم ٢٣٨٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٠/٤/٤) ، وبأن "إذا رفعت دعوى المسئولية على أمين النقل بعد المدة المحددة في المادة ١٠٤ من قانون التجارة وتمسك أمين النقل بالتقادم القصير الذي تقرره هذه المادة فعلى المرسل إذا أراد أن يتفادى الحكم بسقوط حقه بهذا التقادم أن يقيم هو الدليل على أن ضياع البضاعة كان مرجعه غشاً أو خيانة وقعت من جانب أمين النقل أو عماله إذ أن مسئولية أمين النقل في هذه الحالة ليست مسئولية تعاقدية بل مسئولية خطئية قوامها الخطأ المدعى به عليه (الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢٢ق جلسة ٣١/ ١٩٥٦/٥)

- المسئولية العقدية : المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية فهي جزاء الإخلال بالعقد ، في حين أن الثانية جزاء الإخلال بواجب عام مفروض على الكافة بارتكاب العمل غير المشروع ولذلك فإن قيام المسئولية العقدية يفترض وجود عقد صحيح واجب التنفيذ تخلف المدين عن تنفيذ التزامه الناشئ عنه والأصل هو التنفيذ العيني لهذا الالتزام عن طريق إجبار المدين وفقاً لأحكام المواد ١٩٩ حتى ٢١٤ ، فإن تم ذلك لا تقوم المسئولية العقدية أما إذا استحال هذا التنفيذ لم يكن من بد من الحكم للدائن بالتعويض جزاء إخلال المدين بالتزامه وهذه هي المسئولية العقدية ، ويضح من ذلك أن المسئولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني لأنها لا تقوم إلا حيث يتخلف هذا التنفيذ ومن هنا لم يكن محل لأعمالها إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود لأنه التزام يمكن تنفيذه عيناً

دائما حسبما أشرنا آنفاً وأن تكون بصدد المسئولية العقدية كلما حال التعويض محل التنفيذ العيني فأنها تعمل أحكامها في الحالة التي لا يتعذر التنفيذ العيني ولكن الدائن يطلب التعويض والمدين لا يعترض ولا يعرض القيام بالتنفيذ العيني وواضح مما تقدم أن أركان المسئولية العقدية ثلاثة ، أولهما عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد بما يمثل خطأ في جانب المدين ، وثانيهما ضرر لحق الدائن من جزاء هذا الخطأ ، وثالثها علاقة سببية بين هذا الضرر وذلك الخطأ (محمد كمال عبد العزيز ص٧٧٠)

- أولاً الخطأ العقدي : ينصرف الخطأ العقدي إلى عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه ، وسواء كان عن عمد أو عن إهمال أو لسبب آخر سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو كان معيباً أو متأخراً ، ويرجع في ذلك إلى شروط العقد وإلى النصوص القانونية المتعلقة به باعتبارها مكملة لإرادة المتعاقدين (أنور طلبة ص٢١٣) ، ويعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي في ذاته خطأ موجباً لمسئوليته .

وقد قضت محكمة النقض بأن " يشترط لاستحقاق التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه وجود خطأ من المدين ولا يغني عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدراً في العقد لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض ، إنما ينشأ الحق في أنه قضى برفض الدعوى فسخ عقد البيع المرفوعة من الطاعنة على المطعون ضدهما استناداً إلى أنهما قاما بدفع باقي الثمن في الوقت المناسب ، مما مؤداه انقضاء الخطأ في حقهما ، وهو ما يكفي لحمل قضاء الحكم برفض طلب التعويض ، ولو كان مقدراً في العقد ، فإن النعي على الحكم يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥) ، وبأنه " لما كان الحكم قد بين واقعة الدعوى بما تتوافر به كافة العناصر القانونية لجريمة التبديد التي دان بها الطاعن ، وكان ما يثيره ومن أنه أضحى عرضه للتنفيذ عليه – في الشق المدني – بالحكمين التجاري والمطعون فيه معاً ، غير سديد لما هو ثابت من الحكم المطعون فيه من أن الحكم التجاري قد سبق تنفيذه بالفعل وتبين من محضر هذا التنفيذ – المحرر في ٢١ من يونيو سنة ١٩٧٣ – استحالة التنفيذ العيني بالنسبة لكمية الذهب موضوع الدعوى الماثلة لتبديدها ومن ثم لم يبق سوى التنفيذ بطريق التعويض بموجب الحكم المطعون فيه ، ولما كان ما تقدم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس معنياً رفضه موضوعاً " (مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجنائية ٢٨– ٨١٨ جلسة ١٩٧٧/١٠/٩) ، وبأنه يكفي لقيام الخطأ في المسئولية العقدية ، ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد ، ولا ترفع عنه المسئولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبي أو بخطأ المتعاقد الأخر ، (مجموعة محكمة النقض لسنة ٢١ص ١١٤٨ جلسة ١٩٧٠/١١/٢٤) ، وبأن " عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسئوليته التي لا يدراها عنه إلا إذا أثبت هو قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي

به علاقة السـببية فإذا كان يبين من العقد المطعون ضـده تعهد بتنفيذ جميع أعمال البناء المتفق عليها وتسـليم المبنى معداً للسـكنى في الموعد المتفق عليه ، وكان هذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية فإنه متى أثبت الطاعنة إخلاله بهذا الالتزام فإنه تكون قد أثبت الخطأ الذي تتحقق به مسـئوليته ولا بجدية في نفي هذا الخطأ أن يثبت هو أنه قد بذل ما في وسـعه من جهد لتنفيذ التزامه فلم يسـتطع مادامت الغاية لم تتحقق ، ومن ثم فإذا استلزم الحكم المطعون فيه لقيام مسئولية المقاول المطعون ضده ثبوت خطأ أو إهمال منه في تأخيره في المباني للطاعنة – مع أن هذا التأخير هو الخطأ بذاته فإن الحكم يكون مخالفاً للقانون " (مجموعة محكمة النقض س١٨ ص١٩١٦ جلسـة ١٩٦٧/١٢/٢٨) ، ويختلف الخطأ العقدي في حالة ما إذا كان الالتزام بتحقيق غاية عنه فيما إذا كان يبذل عناية .

- الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية : الغاية من الالتزام ينص عليها القانون أو يحددها العقد ، ولذلك فإن الغاية قد تتفاوت من تصـرف لآخر في ذات الموضـوع ، فقد تنصـرف إدارة المتعاقدين إلى الغاية القصـوى من التصـرف وقد يتفقان على غاية أدنى ففي بيع العقار يلتزم البائع بموجب نصـوص القانون المتعلقة بالبيع بنقل ملكية المبيع إلى المشـتري وتسـليمه له وأن يضـمن التعرض القانوني الذي قد يصدر من الغير وهذا أقصى ما يمكن أن يلزم البائع به وبتحقق هذا يكون المشتري قد حقق الغاية التي أرادها من العقد فلا يكفي إذن أن يقوم البائع بتسجيل العقد وتسليم المبيع للمشـتري فليس هو المراد من التزامه فحسـب إنما المراد هو أن تسـتقر الملكية للمشـتري بدون منازع فإن تمكن البائع من تحقيق ذلك فإنه يكون قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً محققاً الغاية المرجوة منه ،وقد يتفق المتعاقدين على غاية أدنى ويحدد العقد مدى هذه الغية وحينئذ ينتفي الخطأ العقدي بتحقيق هذه الغاية دون أن يكون للمتعاقد الأخر المطالبة بتحقيق غاية أخرى (أنور طلبة ص٢١٤) .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " مسـئولية أمين النقل هي مسـئولية تعاقدية ناتجة عن إخلاله بالتزامه الناشـئ عن عقد النقل – وهو التزام بتحقيق غاية – ويكفي لإثبات إخلاله بتعهده ثبوت عدم تسـليم البضـاعة إلى المرسـل إليه دون حاجة إلى إثبات وقع خطأ أو إهمال من جانب أمين النقل وإنما يكون على الناقل إذا أراد دفع المسئولية عن نفسه أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو نقلها يرجع إلى سـبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو عيب في البضـاعة أو خطأ من المرسـل (الطعن رقم ٢ لسـنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩) ، وبأن " عقد النقل يلقى على عاتق الناقل التزاماً بضمان وصول الأشياء المراد نقلها سـليمة إلى المرسـل إليه إن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه إثباتً لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسـئولية الناقل عن هذا الضـرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسـئولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشـأ عن عيب في ذات الأشـياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من مرسلها ولا ينتهي عقد النقل إلا بتسليم الأشياء المنقولة المرسل إليه ومن

ثم فإن التزام الناقل لا ينقضي بوصول تلك الأشياء سليمة إلى جهة الوصول ولو أخطر المرسل إليه بوصولها وأعذر باستلامها طالما أنه لم يستلمها فعلاً فإن النقل يكون مسئولاً عن سلامتها وإنما يكون له إذا شاء التخلص من هذه المسئولية في حالة امتناع المرسل إليه عن استلام الأشياء أن يلجا إلى محكمة المواد الجزئية لإثبات حالتها والأمر بإيداعها أحد المخازن أو للإذن له ببيع جزء منها بقدر أجرة النقل وفقاً للمادة .. من قانون التجارة (مجموعة محكمة النقض س١٧ ص١٩١٦ جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥) ، وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير (الطعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٧)

- الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية : قد تتطلب طبيعة العقد أن يقوم المدين عند تنفيذ التزامه ببذل عناية ، فلا يراد منه تحقيق غاية معينة ، ومن ثم يعتبر أنه قام بتنفيذ التزامه عينا ببذله هذه العناية سواء تحققت الغاية من التعاقد أو لم تتحقق ، والعناية المقصودة هي عناية الشخص المعتاد ويستخلصها قاضي الموضوع من طبيعة العمل
- إثبات الخطأ العقدي : إثبات الخطأ العقدي يختلف في حالة ما إذا كان المدين مكلفاً ببذل عنه في حالة ما إذا كان مكلفاً بتحقيق غاية ، فإذا كان الالتزام بتحقيق غاية ولم يتحقق فلا يكلف الدائن بإثبات خطأ المدين ، إذ يقوم افتراض بتوافر خطأ المدين مما أدى إلى عدم تحقق الغاية المرجوه من العقد فيكتفي الدائن بإثبات العقد – سواء كان صريحاً أو ضمنياً – وأن الغاية المرجوة منه لم تتحقق ، كأن يثبت المشتري عقد البيع وعدم انتقال الملكية إليه ــــ أو يثبت الراكب أنه أصيب أثناء تنفيذ العقد وحينئذ تكون الغاية غير محققة وتنهض مسئولية المدين التي لا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي فيثبت البائع أن العقار المبيع نزعت ملكيته للمنفعة العامة مما حل دون نقلها للمشتري ، ويثبت الناقل خطأ الغير أو خطأ الدائن الذي تسبب في عدم تحقيق الغاية ولا يغني عن ذلك إثبات قيامه بكل ما يلزم لتحقيق الغاية المرجوة من العقد إلا أنه لم يوفق ذلك أن لا شأن للدائن بما يبذله المدين وإن العبرة بتحقيق الغاية وليس بما بذل من أجل تحقيقها فطالما أنها لم تتحقق فإن الخطأ المدين العقدي يكون متوفراً (أنور طلبه ص٢١٦) ، أما في الالتزام ببذل عناية فيتحمل الدائن عبء إثبات أن المدين لم يبذل العناية المطلوبة مدللاً على ذلك بالوقائع والأفعال والتصرفات التي يتوافر بها الخطأ العقدي والتي ما كانت تتم لو بذل المدين العناية المطلوبة عند تنفيذ العقد غير أن المبادئ العامة في تحديد مدى الإثبات المطلوب من المكلف به ، لا تلزم الدائن بتقديم دليل قاطع على الإهمال بل يكتفي منه بما يجعل دعواه قريبة التصديق إذا الإهمال واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق ومنها القرائن القضائية التي تقوم

على الاحتمال الكاف أو مبدأ الترجيح ، ولذلك فإذا أقام الدائن الدليل على واقعة تدل دلالة كافية على ترجيح وقوع الإهمال وإن لم يكن دلالة قاطعة قامت بذلك قرينة قضـــائية على عدم تنفيذ الالتزام ببذل العناية فينتقل إلى عاتق المدين عبء نفي هذه القرينة بإثبات بذله العناية المطلوبة ببيان ظروف تلك الواقعة على نحو يكشـف عدم انحرافه عن السـلوك المألوف للرجل المعتاد ولو لم يكن هو الطريق الوحيد الذي يستحيل سلوك غيره ، وهو في هذا الشأن يختلف عن واجبه في إثبات السبب الأجنبي – على ما سيجئ – حيث يتعين عليه أن أنه كان يستحيل عليه وعلى غيره يسـلك مسـلكاً آخر (إسـماعيل غانم بند ٣٠ وراجع السـنهوري هامش بند ٥٣٤ في الفرق بين موقف المدين في نفي الإهمال وموقفه في إثبات الســبب الأجنبي وفي دور القرينة القضـــائية في الجزء الثاني بند ٥٦)

و قد قضـــت محكمة النقض بأن " إذا كان الخطأ العقدي يتحقق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد فإن الحكم المطعون فيه إذا أقام قضاءه للمطعون ضده الأول بالتعويض على إخلال الطاعنة بالتزاماتها الناشئة عن عقد العمل بعدم صرف علاوة استثنائية له في سنة ١٩٧٦ ووقف نشر مقالاته وإلغاء العمود الأسبوعي المخصص له في الجريدة ومنعه من الكتابة دون أن يعني ببيان سنده في قيام هذه الالتزامات في جانب الطاعنة ومصـــدرها وما إذا كانت تدخل في نطاق عقد عمل المطعون ضده المذكور ، وعلى خلاف الثابت في الأوراق من أن منح العلاوة الاستثنائية للعاملين بالمؤسسة هو من أطلاقات الطاعنة يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصـور في التسـبيب وخالف الثابت في الأوراق بما يوجب نقضـه (الطعن رقم ٩٩، ٣١٠ سـنة ٥٣ق جلسـة ١٩٨٤/٣/٥) وبأن " مسـئولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسـئولية عقدية . والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضـى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضـــه بشـــفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له ، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق وإنما هو التزام ببذل عناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقضـــي أن يبذل لمريضـــه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية – مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسال الطبيب عن كل تقصـــير في مســـلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مســـتواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسـئول ، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضـمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر " (الطعن رقم ١١١ لسـنة ٣٥ق جلسـة ١٩٦٩/٦/٢٦) ، وبأن عقد نقل الأشـياء يلقي عاتق الناقل التزاماً بضمان الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية ، فإذا تلفت هذه الأشـــياء أو هلكت ، فإنه يكفي أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل ، ويعتبر هذا

اثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئوليته عن هذا الضرر بغير حاجة إلى اثبات وقوع خطأ من جانبه ، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب في ذات الأشياء المنقولة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من الغير (نقض ١٩٦٨/١٢/١٩ س١٩ص٥٥١) وبأن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب بمعنى أن يكون ملزماً بأن يوصله إلى الجهة المتفق عليها سليماً وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية ، فإذا أصيب الراكب فإنه يكفي أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ، ويعتبر هذا منه اثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه فتقوم مسئولية الناقل عن الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانب الناقل (نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س١٧ص١٩٩). وبأن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير (الطعن رقم ٧٨٤ س٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٧) ، وبأنه " لا ترتفع مسئولية الناقل على سلامة الراكب إلا إذا أثبت هو – أي الناقل– أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير الذي يعفي الناقل من المسئولية إعفاء كاملاً ألا أن يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر للراكب فإذا كانت مصلحة السكك الحديدية (الطاعن) لم تقدم لمحكمة الموضوع ما يدل على أنه لم يكن في مقدورها توقع خطأ الغير الذي قذف الحجر على القطار – فأصاب المطعون عليه – ومنع هذا الخطأ بل أن قذف الأحجار على قطارات السكك الحديدية هو من الأمور التي توقعتها المصلحة الطاعنة في قرار مارس سنة ١٩٢٦ الخاص بنظام السكك الحديدية الذي ينص على معاقبة من يرتكب هذا الفعل لو أنها إتخذت الاحتياطات الكفيلة بمنع قذف الأحجار على قطارات السكك الحديدية أو على الأقل يمنع ما يترتب على احتمال قذفها من ضرر للركاب ولا يهم ما قد تكبدها هذه الاحتياطات من مشقة ومال إذ طالما كان في الإمكان تفادي عواقب خطأ الغير بأية وسيلة ، فإن هذا الخطأ لا يعفي الناقل من المسئولية إعفاء كاملاً (نقض ١/٢٧/ ١٩٦٦ س١٧ص١٩٩) ، وبأن عملتي تفريغ الرسالة من سفينة تمهيداً لإعادة شحنها على سفينة أخر ، ومن العمليات المترتبة على تنفيذ عقد النقل البحري ، ولما كان عقد النقل البحري يلقي على عاتق الناقل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – التزاماً بضمان وصول البضاعة للمرسل إليه سليمة وهو التزام بتحقق غاية ، فيكفي لإخلال أمين النقل بالتزامه وترتب آثار المسئولية في حقه إثبات أن البضاعة هلكت أو تلفت أثناء تنفيذ عقد النقل البحري ، ولما كان عقد النقل البحري يلقى على عاتق الناقل – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية فإذا

أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه ، ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير ، وإذا استخلصت محكمة الموضوع – في حدود سلطتها الموضوعية . من محضر الجنحة رقم ..ومن أقوال الشهود فيه أن الحادث لم يكن مرده إلى سبب أجنبي وكان هذا الاستخلاص سائغاً لأن ما انتهت إليه التحقيقات من كون الفاعل مجهولاً لا يعني بطريق اللزوم أنه أجنبي عن الطاعنة ، لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بمسئولية الطاعنة على ما ثبت من أن هلاك الرسالة قد تم أثناء تنفيذ عقد النقل البحري ودون أن يثبت من أن هلاكها كان نتيجة خطأ من الغير وكان ما أورده الحكم كافياً لحمل قضائه ، فإن ما تنعاه الطاعنة في هذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الدليل ولا يقبل أمام هذه المحكمة (نقض ١٩٧٧/٦/٢٠ س٢٨ص١٤٥٢)

- سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الخطأ العقدي وتكييفه: تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه ، هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض إلا أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى (نقض ١٩٧٦/٦/٢٩ س٢٧ص ١٤٥٤ و٩/٥//١٩٧٤ س٢٥ص٨٤٠ و١٩٧٢/٤/٢٥ س٢٣ ص٧٦٨) ، وبأن " لئن كان من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى " (الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠) ، وبأنه " لما كان يبين مما قرره الحكم أنه أسس قضاءه بالتعويض على أن البنك الطاعن قد وقع منه خطأ يستوجب مسئوليته ببيعه الغلال المرهونة لديه دون إتباع ما تقضي به المادة ٧٨ من قانون التجارة من وجوب التنبيه على المدين بوفاء الدين قبل استصدار إذن من القاضي بالبيع ولم يؤسس الحكم قضاءه بالمسئولية على مجرد امتناع البنك الطاعن عن رد الغلال المرهونة على نحو ما ذهب إليه الطاعن في طعنه – فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه يكون غير صحيح " (مجموعة أحكام النقض س٢٤ص٩٤٠ جلسة ١٩٧٣/٦/١٩)
- ثانياً الضرر : لا يكفي لتحقق المسئولية أن يقع خطأ من المدين ، بل يجب أن يرتب هذا الخطأ ضرراً للدائن فإنتفاء الضرر يؤدي إلى انتهاء المسئولية فلا يعتد بالخطأ الذي وقع .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا لم يثبت وقوع ضرر فلا مجال للبحث في وقوع المسئولية تقصيرية كانت أو عقدية " (١٩٤٧/٣/٢٧ المحاماة ص٢٨ ص٥٢٦ – وبنفس المعنى في

۱۹٦٢/٦/٣٠ – م نقض م –١٣– ٧١٦) ويشترط في الضرر أن يكون محققاً أي أن يكون قد وقع بالفعل أو أصبح وقوعه محققاً ومؤكداً فلا يكفي أن يكون إحتمالياً ، كما يجب أن يكون مباشراً ، أي مترتباً مباشرة على عدم تنفيذ الالتزام ويكون الضرر غير مباشر إذا كان الدائن يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد عادي (م ٢٢١) وأخيراً يجب أن يكون توقعه عادة عند إبرام العقد ما لم يرجع عدم التوقع إلى غش أو خطأ جسيم من المدين وحينئذ يرد على المدين قصده فتستعبد المحكمة الغش أو الخطأ الجسيم ثم تنظر إلى ظروف العقد وقت إبرامه فإن تبين لها أن الضرر مما يمكن توقعه في ذلك الوقت اعتبرنه قائماً (أنور طلبه ص٢٢٥)

- ثالثاً رابطة السببية : لا يكفي لقيام المسئولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ الالتزام ، كما لا يكفي أن يثبت وقوع ضرر للدائن ،إنما يتعين فوق ذلك أن يثبت نسبة عدم تنفيذ الالتزام إلى المدين أي أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى المدين وهو ما يعرف بعلاقة السببية بين عدم التنفيذ وبين المدين فإن لم تقم هذه السببية بأن يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه انتفى عنه فعل المدين وصف الخطأ ومن جهة أخرى لا يكفي ثبوت هذا الخطأ – أي ثبوت عدم التنفيذ ونسبته إلى المدين –وإنما يتعين أن تثبت علاقة السببية بين هذا الخطأ وبين الضرر الذي لحق بالدائن ومن هذا قيل بازدواج المقصود برابطة السبب فهي من جهة تعني قيامها بين عدم التنفيذ وبين فعل المدين ، وهي من جهة أخرى تعني قيامها بين هذا الخطأ وبين الضرر الذي لحق بالدائن ويترتب على انتفائها في صورتها الثانية انتهاء مسئولية المدين عن الضرر الذي لحق بالدائن رغم ثبوت خطأه (يراجع في ذلك إسماعيل غانم بندي ٢٨ و٢٩ – جمال زكي بند ١٩٠ ومحمد كمل عبد العزيز ص٧٧٧)
- إثبات علاقة السببية : الأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات علاقة السببية ، إلا أن ما يحدث غالباً أن يجد القاضي قرينة قضائية تدل على توافر هذه العلاقة وغلباً ما تكون القرائن على ذلك واضحة ليست في حاجة إلى إثبات مما يمكن معه القول باعتبار علاقة السببية مفترضة فلا يكلف الدائن ""إثباتها ، إنما يتحمل المدين إثبات عدم توافرها ، ولا يكون له ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي ، فيثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الغير أو إلى خطأ الدائن (أنور طلبه ص٢٢٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسئولية التي لا يدرؤها عنه إلا إثباته قيام القوة القاهرة أو خطأ الدائن وإلى هذا كانت تشير المادة ١١٩ من القانون المدني الذي لا يختلف في هذه الناحية عن القانون الجديد " (مجموعة القواعد القانونية في عام ٢٥ بند ١٠٦ ص٨٤٨ جلسة ١٩٥٥/٣/١٠)

- السبب الأجنبي الذي تنتفي معه المسئولية الناشئة عن عدم التنفيذ : رأينا أن المادة ٢١٥ مدني قد نصت على طريقة تدفع بها مسئولية المدين قانوناً عن عدم تنفيذ التزامه وهي إثبات أن عدم التنفيذ الذي سبب ضرراً للدائن راجع إلى سبب أجنبي عنه . وهو لا يكون إلا قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو فعل الدائن المضرور أو فعل الغير ويشترط فيه بوجه عام أربعة شروط أولها أن يكون مستحيل التوقع ، وثانيها أن يكون مستحيل الدفع وثالثها ألا يكون نتيجة فعل المدين أو يقترن بخطأ منه يتسبب فيه ورابعها أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كانت محكمة الموضوع وهي بسبيل تحقيق مسئولية شركة الطيران التقصيرية قد عرضت لما أسند إليها من خطأ وما دفعت به هذا الخطأ فأوضحت أن الحادث الذي اعتبر أساساً لدعوى التعويض وهو احتراق الطائرة قد وقع بسبب أجنبي لا يد للشركة فيه يتمثل في صورة حادث مفاجئ مجهول السبب وغير متصل بأي خطأ من جانب الشركة فإنه لا مصلحة للمضرور في التمسك بعدم تعرض الحكم للبحث في المسئولية التعاقدية التي أسس عليها أحد مبلغي التعويض المطالب بهما باعتبار أنه يتمثل في حصته الميراثية فيما يستحقه مورثه من تعويض قبل الشركة نتيجة لخطئها التعاقدي ، ذلك لأن السبب الأجنبي يصلح أساس لدفع المسئولية التقصيرية وكذلك لدفع المسئولية التعاقدية " (مجموعة أحكام النقض س٩ ص٤٤١) ، وبأنه لا ترتفع مسئولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت هو – أي الناقل – أن الضرر (الحاصل للراكب) قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير ، على أنه يشترط في خطأ الغير الذي يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملاً ألا يكون في مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر فإذا كانت الوقائع التي أوردها الحكم لا يبين منها أن مصلحة السكك الحديدية لم يكن في مقدورها توقه خطأ الغير (محاولة تهريب مواد متفجرة في القطارات وإلقائها)الذي سبب إصابة الراكب أو منع هذا الخطأ ، بل كان من الممكن توقعه وتفاديه باتخاذها الاحتياطات الكفيلة بمنع نقل المواد المتفجرة و منع إلقائها ، فإن هذا الخطأ من الغير لا يعفى (مصلحة السكك الحديدية) من المسئولية إعفاءاً كلياً (مجموعة محكمة النقض س١٣ص٥٢٢) ، وبأنه يشترط – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم أمكان توقعه واستحالة دفعه ، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ، ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يلزم أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على الشخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم امكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي " (الطعن رقم ٧٧٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/٣) ، وبأنه " يشترط

في القوة القاهرة التي يترتب عليها عدم المسـئولية عن تعويض الضـرر الناتج عن عدم تنفيذ العقدان يكون من شـأنها – على ما جرى به قضـاء محكمة النقض – جعل الوفاء بالالتزام مسـتحيلاً وأن تكون غير متوقعة الحصـول وقت التعاقد ويسـتحيل دفعها " (مجموعة محكمة النقض س١٧ ص١٨٨٩ جلسة ١٩٦٦/١٢/١٣) ، وبأن " مخاطر البحر وإن كانت تصـلح في ذاتها سـبباً اتفاقياً للإعفاء من المسئولية ولو كانت متوقعة الحدوث أو يمكن دفعها ، إلا أن هذه المخاطر إذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو غير مسـتطاع دفعها فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة التي تصـلح سـبباً قانونياً للإعفاء ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في صدد الإعفاء من المسئولية إلى ما ورد به من أن التقرير – الذي تايد بما أثبت بدفتر يومية الباخرة – يرجع سـبب العجز إلى الحالة الجوية الشديدة الشاذة التي صادفت السفينة في رحلتها من أمواج عالية وعواصف طاغية أطاحت بجزء من بضاعة السطح التي كانت تضم القدر الفاقد موضوع هذه الدعوى رغم المجهودات الشاقة التي قام بها الربان والبحارة لمقاومة تلكك الحالة الشـاذة " فإن هذا الذي أثبته الحكم يكفي لذاته لتوافر عناصـر القوة القاهرة من حيث الخروج عن نطاق ما هو متوقع حدوثه عادة وعدم اسـتطاعة دفع الخطر التاجر عنه ويصـلح سـبباً قانونياً لإعفاء من المسـئولية (مجموعة أحكام النقض س١٧ ص١١٢٩ جلسة ١٩٦٦/٥/١٧)

كما قضـت بأن " وإن كانت القوة القاهرة تعتبر من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مسـتحيلاً وينقضـي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعة عدم تنفيذه ، إلا أنه يشـترط لذلك أن القوة القاهرة قد حالت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة فإنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعة عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه ، لما كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن العقد الأول المؤرخ ١٩٦٥/٩/٢٥ قد حددت به الفترة التي تعهد الطاعن الأول بتوريد كميات الكتان المتعاقد عليها وتبدأ من يونيو سـنة ١٩٦٥ حتى يناير ١٩٦٦ وكان المشـرع لم يتدخل للحد من تداول محصـول الكتان وتحديد أسـعاره إلا في ١٩٦٦/٤/٢٧ حيث أصـدر وزير التموين والتجارة الداخلية القرار رقم ٦٥ لسـنة ١٩٦٦ الذي عمل به من تاريخ نشـره في الوقائع المصـرية بتاريخ ٤/٢٧ /١٩٦٦ فإن الحكم المطعون فيه إذا طرح دفاع الطاعن الأول اسـتناداً إلى أن نظام التسـويق التعاوني للكتان قد طبق بعد انقضـاء المدة المحددة لتنفيذ العقد ، يكون قد انتهى صـحيحاً في القانون " (الطعن رقم ٤٤٤ لسـنة ٤٤ق جلسـة ١٩٧٨/١١/٢٧) ، وبأنه " إذا كان المطعون عليه أميناً للمخزن وقد وقع عجز بعدته وكان قيام بعض موظفي الطاعنة – وزارة الشـئون الاجتماعية – باختلاس بعض محتويات المخزن غير تلك المطالب بقيمتها لا يعد قوة قاهرة أو ظرفاً خارجاً عن إدارة المطعون عليه لا يمكن التحوط له فإنه يكون مسـئولاً عن قيمة العجز ويتعين القضـاء بإلزامه بأن يدفع للطاعنة المبلغ المطالب به " (مجموعة محكمة النقض س٢٧ ص١٦٦١ جلسة

١٩٧٦/١١/٢٥) ، وبأنه " يشـــترط في القوة القاهرة التي ينقضـــي بها التزام المدين أن تكون أمراً لا قبل المدين بدفعه أو للتحرز منه و يترتب عليه اســتحالة تنفيذ الالتزام اســتحالة مطلقة وإذا كان الحكم قد اســتخلص عدم اســتحالة تنفيذ التزام الشــركة بدفع الفوائد مما أورده في أســبابه من أن القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٩ لم يقض بتأميم مخازن الأدوية والمستلزمات الطبية ، وإنما قرر الاستيلاء فقط على ما يوجد لديها من هذه المواد وترك لأصحاب هذه المخازن حق التصرف في أموالها الأخرى دون قيد ، فإن ذلك يكون اســـتخلاصـــاً ســـائغاً ولا مخالفة فيه للقانون " (مجموعة محكمة النقض س٢١ ص١٣١٦ جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠) ، وبأن " الاستحالة في تنفيذ الالتزام التي تقوم على أسباب قانونية تعبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض وإذا كان تأجيل سداد ما على شركات الأدوية من ديون طبقاً للقوانين ٢٦٩، ٢٧٢ لســنة ٦٠ مرجعه أن تحديد مركزها يتطلب بعض الوقت بســبب الاســتيلاء لديها على المواد التي تقوم بالاتجار فيها من المســتحضــرات الطبية ، فإن أثر هذا التأجيل يقتصــر – أخذاً بالعملة التي أوردها المشــرع بالقدر الذي توخاه منها – على أصــل الدين دون إيقاف ســـريان فوائدها وإلا لكان في ذلك مغنم لهذه المنشـــات ، الأمر الذي لم يلد في خلد المشـــرع بل ويتعارض مع أهدافه ، ومن ثم فإن التشريعات المشار إليها لا تعتبر قوة قاهرة يستحيل معها على الطاعن (المستولي لديه) القيام بالتزامه " (مجموعة محكمة النقض س٢١ ص١٢٣٤ جلسـة ١٩٧٠) ، وبأن " يشـترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ الذي يترتب عليه اسـتحالة التنفيذ وينقضـي به الالتزام عدم إمكان توقعه واســـتحالة دفعه وتقرير ما إذا كانت الواقعة المدعي بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية متى أقامت قضائها على أسباب سائغة " (الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩) ، وبأن " تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعي بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوع يملكه قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفان كانا يتوقعان وقد إبرام العقد عدم إمكان الحصـول على إذن استيراد لشـحن البضـاعة إلى مصر ، فنص صراحة فيه على أنه لم يحصـل الطاعن على الإذن في الموعد المتفق عليه تباع البضاعة في الخرطوم لحسابه ، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصـول على إذن الاسـتيراد فإن الحكم إذا أعتمد هذا المعنى الذي تحتمله عبارة العقد الظاهر ورتب على ذلك قضـــاءه لا يكون قد خالف القانون "(مجموعة محكمة النقض س١٧ ص١٣٧ جلســـة ١٩٦٦/٢/٢٢) ، وبأنه " لا يعفى المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل جهة الإدارة المتعاقدة معه أو إذا قدرت هذه الجهة ظروفه وقررت إعفاءه من أثار مسـئوليته عن التأخير في تنفيذ التزامه(١٩٦٤/٢/٦ – م نقض م – ١٥ – ٢١٣) ، وبأن " تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعي بها يعتبر قوة قاهرة هو تقرير موضـــوعي تملكه محكمة الموضــوع في حدود ســلطتها التقديرية ما دامت قد أقامت قضــاءها على أســباب ســائغة " (مجموعة محكمة النقض س٧ص١٠٢٢ جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٧)

﴿ المـــــادة ٢١٦ ﴾

" يجوز للقاضي أن ينقض مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر ، أو زاد فيه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصـوص القوانين العربية المادة ٢١٧ سـوري ، المادة ٢١٩ ليبي ، المادة ٢١٠ عراقي ، المادة ١٣٥ لبناني .

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه " تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشـترك وهو يسري على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء .. وكما أن حق الدائن في التعويض يسقط عند انفراده بإحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقضي تعويضاً كاملاً ، إذا اشترك بخطئه في أحداث هذا الضرر أو زاد فيه وتوقف مقدار ما ينقص من التعويض على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين في إحداث الضـرر ويراعى أن رضـاء المضـرور بالضـرر الحادث لا يؤخذ لزاما عليه بوصـفه خطأ يبرر انتقاص التعويض ألا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسـئولية وفي حدود هذا الجواز فحسـب وتعين فكرة الخطأ المشـترك على ضـبط حدود فكرة تقاربها ، هي فكرة (النتيجة الطبيعية) أو المألوف لتخلف المدين فقد ترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بعدها عنه ، وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدري لدى أيها ينبغي الوقوف ومناط الحكم في هذه الحالة هي فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة : فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة ، التي يجب التعويض عنها ، كل ضـرر لم يكن في وسـع الدائن عقلاً أن يحول دون وقوعه ، ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة ، لحصـر هذا الضـرر في أضـيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاص بين التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً "

﴿ الشـــرح ﴾

- تقدير التعويض : الأصل في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي ، وهذا هو التعويض القضائي ، غير أنه بالنسـبة للالتزامات التعاقدية قد يتفق الطرفان مقدماً على مقدار التعويض الذي يلتزم به المدين ، إذا لم ينفذ التزامه أو إذا تأخر في الوفاء به ، وهذا التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، وأخيراً قد يتولى القانون تحديد التعويض الذي يسـتحق عن التأخير في تنفيذ الالتزام وهذا هو التعويض القانوني أو فوائد التأخير . وسنبحث فيما يلي هذه الطرق المختلفة لتقدير التعويض .
- أولاً التعويض القضائي : التعويض القضائي هو الذي يتم بمعرفة القاضي وهذا هو الأصل . إلا أنه في بعض الحالات يتم تقدير التعويض بإتفاق من الطرفين أو بحكم القانون
- يجوز للقاضي عدم الحكم بالتعويض إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ الدائن : يجوز للقاضي ألا يحكم بتعويض ما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ الدائن ، إذ أن ذلك

يفيد أن خطأ الدائن في ذاته سبب أجنبي عن المدين تدفع مسئوليته دون حاجة إلى أن يتوافر فيه أي شرط أخر غير تسببه في استحالة التنفيذ (عزمي البكري ص٥٨١)

- يجوز للقاضي نقص مقدار التعويض في حالة الخطأ المشترك : قد ينفرد المدين بارتكاب الخطأ ، وحينئذ تكون مسئوليته كاملة ، فيلزم بتعويض الدائن عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب أما إذا أشترك كل من المدين والدائن في إحداث الضرر أو زاد الدائن في الضرر فإن الضرر يكون قد وقع نتيجة خطأ مشترك بين المدين والدائن ، لأن مقتضى الاشتراك أن يكون قد وقع من كل من الجانبين خطأ أسهم في حدوث الضرر ، وكما يكون اشتراك المدين بخطأ مستقل من جانبه يكون أيضاً بعدم تلافيه خطأ الدائن متى كان ذلك في وسعه ويترتب على ذلك ألا يلتزم المدين بكل التعويض ،وإنما بتعويض يقدر على قدر جسامة الخطأ الذي ارتكبه منسوباً إلى جسامة خطأ الدائن . فإذا كانت جسامة كل من خطأ الدائن والمدين متساوية فإن المدين لا يلزم إلا بنصف التعويض . وإذا لم تكن جسامة الخطأ متساوية ، فإن التعويض الذي يلزم به المدين يكون بقدر جسامة الخطأ الذي ارتكبه منسوباً إلى جسامة خطأ الدائن وهذا الحكم يسري على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد السوء .(عزمي البكري ص٥٨٢)
- الخطأ المستغرق : قد يترتب الضرر على خطأ مشترك بين المدين والدائن ولكن يكون أحد الخطأين مستغرقاً للخطأ الأخر ، وحينئذ تسري أحكام الخطأ الفردي لأحكام الخطأ المشترك ، فإذا كان خطأ المدين هو المستغرق لخطأ الدائن ، تحمل الأول التعويض كاملاً ، أما أن كان خطأ الدائن هو المستغرق لخطأ المدين انتفت مسئولية الأخير باعتبار خطأ الدائن سبباً أجنبياً تنتفي معه علاقة السببية فلا يلزم المدين بأي تعويض فالمصادمة بين قطارين يتوفر بها خطأ هيئة السكك الحديدية ، فإن أدت إلى إصابة شخص كان يركب خارج العربات كان خطأ المضرور – الدائن – مستغرقاً لخطأ الهيئة مما ينتفي معه مسئوليتها سواء كانت عقدية أم كانت تقصيرية الانتفاء علاقة السببية بخطأ الدائن . (أنور طلبة ص٢٢٨)

و قد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان حق الدائن في التعويض يسقط فلا يكون مستحقاً أصلاً إذا انفرد بالخطأ أو استغرق خطؤه خطأ المدين فكان هو السبب المنتج للضرر ، فإنه ليس من حق الدائن أن يقتضي تعويضاً كاملاً إذا كان قد أسهم بخطئه في وقوع الضرر وثبت أنه قصر هو الأخر في تنفيذ التزامه (الطعون رقم ١٨٥٩ و ٢٤٤٤ و ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢) ، وبأن " مفاد نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات المقابلة للمادة ٤٠٦ من القانون المدني الملغاة أن الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجته في الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ،

ونســـبته إلى فاعله فإذا فصـــلت المحكمة الجنائية في هذه الأمور فإنه يمتنع على المحاكم المدنية المتصـــلة بها لكي لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائي الســـابق له ، وإذا كان الثابت من الحكم الجنائي – الصـادر في جنحة عسـكرية بإدانة المتهم لارتكابه جريمة إصـابة خطأ وقيادة سـيارة بحالة ينجم عنها الخطر – أنه قطع في أن الحادث وقع نتيجة خطأ المطعون عليه الثاني – المتهم – فإنه يكون فصـل فصـلاً لازماً في الأسـاس المشـترك بين الدعويين الجنائية والمدنية ، ويجوز قوة الشـيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية ، ولا يجوز للطاعن – المتبرع – بالتالي أن يتمســـك بأن الحادث وقع نتيجة خطأ المضرور وأن هذا يدار المسئولية عن المطعون عليه الثاني ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أثبت في مدوناته دفاع الطاعن من أن المجني عليه ووالده قد شاركا بخطئهما في وقوع الحادث فإن قضاء المحكمة بتعويض قدره ٥٠٠ جنيه بينما طال المضرور بتعويض قدره ١٠٠٠ جنيه – مفاد أنها رأت من جانبها أن المبلغ الذي قدرته هو الذي يناســـب الضـــرر الذي وقع نتيجة خطأ المطعون عليه الثاني وأنها أنقصـت من مبلغ التعويض المسـتحق للمضـرور وما تحمله بسـبب الخطأ الذي وقع منه ومن والده لما كان ذلك فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والقصـــور في التســـبيب يكون في غير محله (النقض ١٩٧٦/١٢/٢٧ س٢٧ ص١٧١٦) ، وبأن " عدم إذعان ســكان المنزل لطلب الإخلاء الموجه إليهم من مالكه ، لا ينفي عن هذا الأخير الخطأ الموجب لمسـئوليته عن الحادث الناتج عن إجراء إصـلاحات بالمنزل أدت إلى تهدمه إذ يصـح في القانون أن يكون الخطأ الذي أدى إلى وقوع الحادث مشتركاً" (نقض ١٩٥٥/١٢/١٢ س٦ص١٤٦٣) ، وبأن " اشتراك المجني عليه في الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسئولية المدنية على قدر الخطأ " (نقض ١٩٥٥/٤/٩ جـــ١ في ٢٥سـنة ص٦٣٢) ، وبأن " الأصـل أن الضـرر المترتب على فعل مضـمون ومهدر يسـقط فيه ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضـمون ، فينبغي إذن أن يسـتنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذي ساهم به المضـرور في الضـرر ويعتبر الفعل الذي وقع من الغير" (نقض ١٩٣٩/١/٢٦ جـــ١ في ٢٥سـنة ص٩٧٧) ، وبأن " لما كانت المادة ٢١ من الاتفاقية الخاصـة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي الدولي الموقعة في فارسوفيا في ؤ١٩٢٩/١٠/١٢ والتي انضـمت مصر إليها بالقانون رقم ٥٩٣ لسنة١٩٥٥ تنص على أنه " إذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص المضـرور قد تسـبب عنه الضـرر أو أسـهم في إحداثه ، فللمحكمة طبقاً لنصـوص قانونها أن تسـتبعد مسئولية الناقل أو تخفف منها " فإنها تكون قد أدت بقاعدة إسناد تحيل إلى قانون القاضي فيما يتعلق بأحكام توزيع المسـئولية بين الناقل الجوي والشـخص المضـرور ، ولما كانت المادة ٢١٦ من القانون المدني المنطبقة – لعدم وجود تشريع خاص ينظم عقد النقل الجوي – تنص على أنه " يجوز للقاضـي أن ينقص مقدر التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشـترك في إحداث الضـرر

أو زاد فيه " (الطعن رقم ٣٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨) (الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٠) ، وبأن كون المضرور ناشئاً عن خطأين : خطؤه وخطأ غيره ، يقتضي توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما وبناء على عملية تشبه عملية المقاصة ولا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض عن كل الضرر منقوصاً منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذي وقع منه (نقض ١٩٦٩/٢/١١ س٢٠ ص٢٤٩) ، وبأن " مفاد= نص المادة ٤٥٦ من قانون الإجراءات الجنائية والمادة ١٠٢ من قانون الإثبات أن الحكم الجنائي تقتصر حجته أما المحاكم المدنية على المسائل التي كان الفصل فيها ضرورياً لقيامه وهي خطأ المتهم ورابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ومن ثم فإن استبعاد الحكم الجنائي مساهمة المجني عليه في الخطأ أو تقريره مساهمته فيه يعتبر من الأمور الثانوية بالنسبة للحكم بالإدانة ذلك أن تقرير الحكم قيام هذه المساهمة من المجني عليه ونفيها لا يؤثر إلا في تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى والقاضي غير ملزم ببيان الأسباب التي من أجلها قدر عقوبة معينة طالما أن هذه العقوبة بين الحدين المنصوص عليهما في القانون إذا كان ذلك فإن القاضي المدني يستطيع أن يؤكد دائما أن الضرر نشأ عن فعل المتهم وحده دون غيره وأن يلزمه بدفع كل التعويض المستحق للمجني عليه حتى ولو كان الحكم الجنائي قد قرر أن المجني عليه أو الغير قد ساهما في إحداث الضرر كما أن له أن يقرر أن المجني عليه أو الغير قد أسهم في إحداث الضرر رغم نفي الحكم الجنائي ثمة خطأ في جانبه يراعى ذلك في تقدير التعويض إعمالاً للمادة ٢١٦ من القانون المدني التي تنص على أنه " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه " (الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧) ، وبأن " إذا كان الثابت من وقائع النزاع أن المدين (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن توريد باقي الأطيان المتفق عليها للمشتري فإن تقصيره في هذا الشأن يكون تقصيراً جزئياً يبيح للقاضي – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيق الذي لحق الدائن مما يدخل تقديره في سلطان محكمة الموضوع " (الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

- صرف قيمة شيك مذيل بتوقيع مزور لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه وتعتبر مسئولية البنك عن صرف هذا الشيك المزور خطأ مشترك ، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن " لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه قبل عميله الذي عهد إليه بأمواله إذا وفى البنك بقيمة شيك مذيل من الأصل بتوقيع مزور عليه لأن هذه الورقة لم يكن لها في أي وقت صفة الشيك أو الكمبيالة لفقدها شرطاً جوهرياً لوجودها هو التوقيع الصحيح للساحب ومن ثم فلا تقوم القرينة المقررة في المادة ١٤٤ من القانون التجاري التي تفترض صحة الوفاء الحاصل من

المسحوب عليه ويعتبر وفاء البنك بقيمتها وفاء غير صحيح لحصوله لمن لا صفة له في تلقيه وبالتالي فإن هذا الوفاء – ولو لم تم بغير خطأ – من البنك لا يبرئ ذمته من قبل العميل ولا يجوز قانوناً أن يلتزم هذا العميل بمقتضى توقيع مزور عليه لأن الورقة المزورة لا حجية لها على من نسبت إليه ولهذا فإن تبعة الوفاء تقع على عاتق البنك أياً كانت درجة إتقان التزوير وذلك كله بشرط عدم وقوع خطأ من جانب العميل الوارد اسمه في الصك وإلا تحمل هو تبعة خطئه " (الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/١/١٩) ، وبأن متى كان الأصل أن ذمة البنك – المسحوب عليه – لا تبرأ قبل عملية إذا أوفى بقيمة الشيك مذيل بتوقيع مزور على الساحب باعتبار أن هذه الورقة تفتقد صفة الشيك بفقدها شرطاً جوهرياً لوجودها وهو التوقيع الصحيح للساحب ، فلا تعدم أنئذ القرينة المقررة في المادة ١٤٤ من قانون التجارة وتعتبر وفاء البنك بقيمة الشيك وفاء غير صحيح حتى ولو تم الوفاء بغير خطأ منه إلا أن ذلك مشروط بألا يقع خطأ من جانب العميل الثابت اسمه بالشيك وإلا تحمل الأخير تبعة خطئه ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت خطأ الطاعن متمثلاً في إخلاله بواجب المحافظة على مجموعة الشيكات المسلمة له من البنك فتمكن مجهول من المحصول على واحد منها وتزويره وصرف قيمته فإنه يكون قد أثبت الخطأ في جانب الطاعن وبين علاقة السببية بينه وبين الضرر الذي وقع وخلص من ذلك إلزام كل من الطاعن والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع النزاع في حدود ما حصله من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده ، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون بمقولة أنعدام رابطة السببية بينما ارتكابه الطاعن من خطأ وبين الضرر الواقع فعلاً متمثلاً في صرف قيمة الشيك من زور إمضاء الطاعن عليه يكون نعياً غير سديد (نقض ١٩٧٧/٣/٧ س٢٨ص٦١٩ ونقض ١٩٦٧/١/١٩ س١٨ص١٦٣ ونقض ١٩٦٦/١/١١ س١٧ص٩٤) ، وبأن الحكم بإدانة المطعون عليه في جريمة إعطائه شيكاً بدون رصيد لا يستلزم لقيام التعويض بحث سبب تحرير الشيك ، ولما كان الطاعن قد أقام الدعوى الحالية للمطالبة بمبلغ ٤٠٠ جنيه منه مبلغ ٣٢٥ جنيهاً قيمة الشيك وكان المطعون عليه قد فع بأن سبب إصداره للشيك هو التزام الطاعن بتسليمه زراعة فوله ، وأن الطاعن أخل بالتزامه ولم يسلمه تلك الزراعة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ عرض لهذا الدفاع وانتهى إلى صحته وقضى تبعاً لذلك بعدم أحقية الطاعن لقيمة الشيك فإنه لا يكون قد خالف حجية الحكم الجنائي السابق لأن هذه الواقعة لم تكن لازمة لإقامة ذلك الحكم ، باعتبار أن سبب تحرير الشيك لا أثر له على طبيعته ولا على المسئولية الجنائية في صدد المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات (الطعن رقم ٧١٠ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٦/٢١)

﴿ المـــادة ٢١٧ ﴾

"١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن

يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

٣- ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع ".

﴿ التعليــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢١٨سوري ، المادة ٢٢٠ ليبي ، المادة ٢٥٩ عراقي .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن " **فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية فكلما كان الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية أياً كانت درجة الخطأ على أن ذلك لا ينفي جواز التأمين على الخطأ ولو كان جسيماً بل وفي نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش ، كما كان للأفراد أن ينفقوا على الإعفاء عن المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم بل وعن الغش الواقع من هؤلاء سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي : **الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي هو اتفاق جائز ولكنه يعتبر اتفاقاً استثنائياً بما يوجب أن يرد في صيغة صريحة قاطعة وتفسيرها تفسيراً ضيقاً (جمال زكي بند ٢٠٢) ويلاحظ أن النص وإن خص بالذكر الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلأن هذه الدرجة هي أقصى درجات التشديد ، بما يندر جواز الاتفاق على تحمله درجات أقل شدة لا تسمح بها القواعد العامة في التزامه . ويعتبر ذلك ضرباً من التأمين (السنهوري بند ٤٤٠، محمد كمال عبد العزيز ص٧٩٢) .**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **لئن كان الأصل في قيام مسئولية المؤمن قبل المؤمن له في الخسارات البحرية وفقاً لما تقضي به المادة ٢٣٤ من قانون التجارة البحري ألا تقبل الدعوى بالمسئولية قبل المؤمن عن تلف البضاعة أو عجزها إذا كان يقل عن واحد في المائة من قيمة الشئ الحاصل له الضرر إلا أنه إذا وجد شرط خاص في مشارطة التأمين يحدد المسئولية عن العجز أو التلف ، فإنه يجب إعماله ذلك أن القاعدة الواردة في المادة ٢٤٣ سالفة البيان ليست من القواعد الآمرة بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسئولية المؤمن أو تخفيفها وفقاً للشروط الخاصة بذلك التي تحددها مشارطة التأمين البحري " (مجموعة محكمة النقض س٢٢ ص١١٢٨ جلسة**

١٩٧١/١٢/٢٨) ، وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه إنما اعمل في قضـائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد البيع ، وما ورد فيه عن ضـمان الضـامن المتضـامن مع البائع وكان يجوز للمشـتري الاتفاق على أن يعوض البائع في حالة حصـوله تعرض له في انتفاعه بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين أن يحدد مقدما التعويض بالنص عليه في العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (مجموعة محكمة النقض س٢٣ ص٩٣٣ جلسة ١٩٧٣/٥/١٦) .

- الاتفاق على تحديد مسـئولية المدين لا يكون إلا بإنفاقه مع الدائن فلا يحاح الدائن باتفاق المدين مع الغير على تحمل الغير هذه المسئولية ، وقد قضـت محكمة النقض بأن " المسـئولية العقدية عن تعويض الضـرر الذي تسـبب عن خطأ المدين متى تحققت لا ترتفع عن هذا المدين بإقرار الغير بتحمل هذه المسـئولية عنه مادام الدائن المضـرور لا يقبل ذلك ولم يكن طرفاً في الورقة التي إقرار فيها الغير بتحمل تلك المسـئولية ،ولا يعتبر هذا الإقرار من الغير اتفاقاً على الإعفاء من المسـئولية مما تجيزه المادة ٢١٧ من القانون المدني ، لأن الاتفاق الذي تعنيه هذه المادة هو الاتفاق الذي يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسـئولية الواردة في القانون إعفاءاً أو تخفيفاً أو تشـديداً ، أما حيث يتفق المسـئول مع الغير ليتحمل عنه المسئولية دون دخل للمضرور في هذا الاتفاق فإن هذا يكون اتفاقاً على ضمان المسئولية لا يؤثر على حق المضرور في الرجوع على المسئول الأصلي ولا ينتقص من هذا الحق " (مجموعة محكمة النقض لسنة ١٩ ص٧٢٩ جلسة ١٩٦٨/٤/٤)
- جواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم : ولما كانت أحكام المسئولية العقدية ليست متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم يكون للمتعاقدين الاتفاق على تعديل أحكام تلك المسـئولية بإعفاء المدين منها كلية أو بتخفيفها بإعفاء المدين من بعض ما يحقق مسـئوليته ، أو بتشـديدها بتحميل المدين المسئولية كاملة حتى ولو رجع سبب عدم تنفيذ الالتزام للسبب الأجنبي ، فإن كان الالتزام بتحقيق غاية فقد يتضمن العقد شرطاً بإعفاء المدين من المسئولية إذا رجع سبب عدم تنفيذ الالتزام لخطأ عادي وقع منه أو لخطأ يسـير أو حتى عن الفعل الذي لم يتضـمن خطأ إطلاقاً وبذلك يتحول الالتزام ، بسـبب شـرط الإعفاء ، إلى الالتزام ببذل عناية بعد أن كان التزاماً بتحقيق غاية ، ويكون الشـرط في هذه الحالة صـحيحاً يترتب عليه إعفاء المدين من المسـئولية أما إذا تضـمن الشـرط إعفاء المدين من المسئولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم ، فإن الشرط يكون باطلاً ويبقى العقد صـحيحاً فتترتب مسـئولية المدين كاملة عن فعله العمد أو عن خطأه الجسـيم (أنور طلبه ص٢٣٥) .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " من المقرر أن البنك الذي يعهد إليه العميل الذي يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير والثابتة في مستندات أو أوراق فإن عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل

المعتاد حسبما تنص عليه المادة ٢/٧٠٤ من القانون المدني ، إلا أن القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفائه من المسئولية لأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام شروط الإعفاء التي يدرجها الطرفان في الاتفاق " (الطعن رقم ٥٧٠ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٤/١٠/٢٠) ، وبأن " الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة أو اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام للعام كما أن عقد الإيجار الذي يتضمن هذا الاتفاق لا يعتبر من عقود الإذعان " (الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١١/١٣) ، وبأن " المسئولية العقدية عن تعويض الضرر الذي تسبب عن خطأ عن هذا المدين متى تحققت لا ترتفع المدين بإقرار الغير بتحمل تلك المسئولية ، ولا يعتبر هذا الإقرار من الغير اتفاقاً على الإعفاء من المسئولية مما تجيزه المادة ٢١٧ من القانون المدني ، لأن الاتفاق الذي تعنيه هذه المادة هو الاتفاق الذي يحصل بين الدائن المضرور وبين المدين المسئول بشأن تعديل أحكام المسئولية الواردة في القانون إعفاءاً أو تخفيفاً أو تشديداً ، أما حيث يتفق المسئول مع الغير ليتحمل عنه المسئولية دون دخل للمضرور في هذا الاتفاق فإن هذا يكون اتفاقاً على ضمان المسئولية لا يؤثر على حق المضرور في الرجوع على المسئول الأصلي ولا ينتقص من هذا الحق " (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٤/٤) ، وبأن " متى كانت الطاعنة (شركة التأمين) قد أسست دعواها قبل الناقل بطلب قيمة التعويض عن الضرر الذي لحق بها بسبب تلف البضاعة أثناء النقل ، على العقد الذي تم بموجبه نقل هذه البضاعة فإنه لا محل لما تثيره الطاعنة من أن ما تضمنه ذلك العقد من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية هو شرط باطل في نطاق المسئولية التقصيرية ، ولا على الحكم المطعون فيه وقد تبين أن المسئولية أساسها العقد ، إن هو لم يعرض لما تدعيه الطاعنة من أن لها حقاً في الاختيار بين المسئوليتين ولم يجري تطبيق أحكام المسئولية التقصيرية بصدد هذا الشرط " (طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/٣) ، وبأن " تنص المادة ٩٧ من قانون التجارة على أن "أمين النقل ضامن للأشياء المراد نقلها إذا تلفت أو عدمت ما لم يكن ذلك راجعاً إلى عيب ناشئ عن نفس الأشياء المذكورة أو إلى قوة قاهرة أو خطأ أو إهمال من مرسلها " ولما كان هذا النص غير متعلق بالنظام العام فإنه يصح الاتفاق على عكسه ،ولذلك أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ من القانون المدني ، الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ومن ثم فيكون الاتفاق في سند الشحن على إعفاء مصلحة السكة الحديد من المسئولية عن الأضرار التي تلحق بالبضائع صحيحاً طالما أن تلك الأضرار لم تنشأ عن خطأ أو غش أو خطأ جسيم من جانبها ، وإذن فإذا كان سند الشحن قد تضمن شرطاً بإعفاء الطاعنة (مصلحة السكة الحديد) من المسئولية الناشئة عن فقد البضائع أو تلفها بعد فوات موعد استحقاق رسوم

الأرضية وكان الثابت من تقديرات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها الأولى (المرسل إليها) قد تراخت في استلام البضاعة من محطة الوصول إلى ما بعد استحقاق رسوم الأرضية واكتشفت العجز في البضاعة عند ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أهدر شرط الإعفاء من المسئولية في هذه الصورة يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه " (طعن رقم ٥٠١ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩) ، وبأن " مفاد نص المادة ٥٦٧ من القانون المدني أن التزام المؤجر – طبقاً لأحكام الإيجار في القانون المدني – بصيانة العين المؤجرة وحفظها إنما هو تقرير للنية المحتملة للمتعاقدين وأنه إذا اتفق الطرفان على ما يخالفها تعين إعمال اتفاقهما ، وإذا أورد المشروع هذه المادة والمادة ٥٧٧ التي تقضي بالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية بالعين المؤجرة وغيرها من النصوص التي تنظم أحكام عقد الإيجار وتبين آثاره وتحدد المسئولية عند الإخلال بتنفيذه بالفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من القانون المدني ، كما أورد في شأن العقود الأخيرة المنصوص عليها بذات الكتاب الأحكام التي تناسبها في هذا الخصوص ، وكانت المادة ١/١٧٧ من القانون المدني الخاصة بمسئولية حارس البناء قد وردت بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول ضمن النصوص المتعلقة بالمسئولية عن العمل غير المشروع ، وإذ خص المشروع على هذا النحو المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسئولتين في تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسئولية الأخرى ى، فقد أفصح بذلك عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسئولتين . فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرفها ونطاقها وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الأخر بتنفيذ العقد فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عن تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه ، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية التي لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسئولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني ، إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً " (الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٦) ، وبأنه إذا كان ما يأخذه الطاعن على الحكم هو قصور أسبابه إذا لم يرد على ما أثاره من أن المسئولية التي يدعيها هي مسئولية تقصيرية لا يصح قانوناً الاتفاق على الإعفاء منها ، وكانت المحكمة في حدود سلطتها المطلقة في تفسير العقد المبرم بين الطاعن وبين خصمه الذي يلقي عليه مسئولية التأخير عن تنفيذ شرط وارد في العقد قد رأت أن

هذا التأخير كان مما توقعه العاقدان واتفقا مقدماً على الإعفاء منه اتفاقاً جائزاً صـــحيحاً فهذا من المحكمة فيه الرد الضمني على الإدعاء بأن ذلك التأخير كان في ذاته خطأ من الأخطاء التي لا يجوز الاتفاق مقدماً على الإعفاء من المسئولية عنها (نقض ١٩٤٧/٣/٢٧ جـ٢ في ٢٥سنة ص٨٤٨)

- المقصـــود بالغش والخطأ الجسـيم الذي يبطل الاتفاق على إعفاء المدين من تبعتهما : الغش هو كل فعل أو أمتنع يقع من الشـخص أو تابعيه بقصـد إحداث الضـرر ، والقصـد في الغش يكون دائماً خفياً بحيث إذا ظهر لما تحقق الضـــرر والغش يســـتوجب وجود ســـوء النية أو تعمد إحداث الضرر ، والفرق بين الغش والتدليس أن الغش يكون في مرحلة تنفيذ العقد وبعد إبرامه ، أما التدليس فيكون في مرحلة إبرام العقد ، ويجمع بين الغش والتدليس توافر سـوء النية . ومثال الغش تبديد الشـــيء المنقول أو إحراقه (عزمي البكري ص٦٠٤) والمقرر أن الغش يبطل التصـــرفات والإجراءات وبالتالي فهو يبطل شـــرط الإعفاء من المســـئولية العقدية ، لأن مناط هذا الالتزام بهذا الإعفاء هو تنفيذ العقد بحسـن نية ،أما الخطأ الجسيم ، مرحلة ما بين الخطأ التقصيري البسـيط ، والخطأ العمدي فهو تقصـير يتجاوز الخطأ البسـيط ولا يرقى إلى الخطأ العمدي ، ويتحقق عندما يتوافر احتمال حدوث الضـرر ومع ذلك يقترف الفاعل سـلوكه الذي قد يؤدي إلى حدوث الضـرر وبذلك يقترب الخطأ الجســيم من مرتبة الغش ولا يرقى إلى مرتبة العمد ، وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة ٢١٦ من قانون التجارة الجديد الواردة في الفصـل الخاص بالنقل الخطأ الجسيم بأنه " كل فعل أو امتناع يقع من الناقل أو من تابعيه برعونة مقرونة بإدراك لما قد ينجم عنها من ضـــرر " واسـتخلاص توافر الخطأ الجسـيم من مسـائل الواقع والموازنة بين الأدلة ، وهو ما يسـتقل قاضـي الموضـــوع بتقديره . فمن يرتكب خطأ ولا يتوافر لديه الاعتقاد بأن هذا السـلوك سـوف يؤدي إلى الإضـــرار بالغير ، كمن ينحرف فجأة بســـيارته أو يقودها بحالة تعرض حيازة الأشـــخاص والأموال للخطر ، فإنه عندما باشـر هذا السـلوك ما كان يعتقد أنه سـوف يضـر بالغير ، وبالتالي يكون خطأه بسـيطاً ، أما إذا كان يعتقد أن سـلوكه غير المألوف قد يؤدي إلى إحداث ضـرر بالغير فإن خطأه يكون جسـيماً ، إذا يتوافر بذلك نوع من التقصـير فإن انصـراف قصـده إلى إحداث الضـرر ، كان الخطأ عمدياً (أنور طلبة ص٢٤١) .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " المقصـود بالخطأ الجسـيم الذي يقع بدرجة غير يسـير ولا يشـــترط أن يكون متعمداً ، واســـتخلاص هذا الخطأ مما يدخل في حدود الســـلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وتكييفه بأنه خطأ جسيماً أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض " (الطعن رقم٦٨١ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٢/٧) ، وبأن " لا يشـــترط في قيام الخطأ الجســـيم في نص المادة ٤٢ من القانون ٦٣ لســـنة ١٩٦٤ بشـأن التأمينات الاجتماعية الذي يحكم واقعة النزاع – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – أن يكون متعمداً بل

يكفي أن يكون خطأ غير عمدي ويقع بدرجة غير يسيرة " (الطعن رقم ١٤٤٣ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٣/٤)

- التمييز بين الاتفاق على الإعفاء من المسئولية والتأمين من المسئولية : فالتأمين من المسئولية اتفاق يعقده شخص مع إحدى شركات التأمين لتغطية مسئوليته عما يحدث بالغير من أضرار ، وبمقتضاه يلتزم هو بدفه أقساط التأمين للشركة في مقابل التزامها هي بأن تدفع له قيمة التعويض الذي ينشأ في ذمته لمصلحة المضرور وهذا النوع من الاتفاق صحيح ، ولا شيء فيه يخالف النظام العام ، لأن التزام الشركة بدفع التعويض يقابله التزام المؤمن له بأقساط التأمين ، ولأنه إذا كان المؤمن له يصبح بهذا العقد الاحتمالي في مأمن من الخسارة التي كان يجب أن يتحملها وفاء لالتزامه بالتعويض ، فإنه إنما يصل إلى هذا المركز الممتاز نتيجة تبصره وتدبره عواقب الأمور والتزامه بأقساط التأمين ولا شك في أن اتفاقاً يشجع الناس على التبصر والاحتياط للمستقبل يستحق التأييد والتشجيع ، ولاسيما أنه يزيد في يسار المسئول ، فيزيد بالتالي احتمال حصول المصاب على التعويض المستحق له ،وبخاصة إذا خول الأخير حق الدعوى المباشرة لمطالبة المؤمن بمبلغ التعويض عن أنه من المسلم أن عقد التأمين لا يشمل مسئولية المؤمن له عن خطئه العمد ، بل يقتصر على الخطأ غير العمد ، سواء كان يسيراً أم جسيماً ، أما الاتفاق بين الدائن والمدين على إعفاء الأخير من المسئولية ، فيقصد به إعفاء المدين من التزامه بالتعويض وسلب المضرور حقه المقابل لذلك . (عزمي البكري ص٥٩١)، ويتشابه الاتفاق مع الإعفاء من المسئولية مع التأمين من المسئولية من حيث أن كلاً منها يرمي في النهاية إلى رفع عبء التعويض عن المسئول ، بينما يختلفان من حيث ثبوت حق المضرور في التعويض ، إذ أن التأمين من المسئولية لا يمس بحق المضرور بل يزيد في ضمان حصوله عليه بما ينشئه في ذمة المؤمن من التزام بقيمة التعويض وبما قد يتيحه للمضرور من دعوى مباشرة قبل المؤمن ، في حين أن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية يسلب المضرور حقه في التعويض ، ولذا كانت صحته محل خلاف (سليمان مرقص ص١٢٠).
- عدم جواز الإعفاء من المسئولية التقصيرية :لما كانت أحكام المسئولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يقع باطلاً كل شرط بإعفاء المدين من المسئولية التقصيرية الناشئة عن فعله الشخص ، أو بالإعفاء من المسئولية التقصيرية الناشئة عن فعل الأشخاص الذين يعدو القانون مسئولاً عنهم (سليمان مرقص ص١٢٥) ، غير أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذه المسئولية كالاتفاق على اعتبار الخطأ مفترضاً بينما هو مما يجب على الدائن إثباته ، ومتى تحققت المسئولية التقصيرية ، جاز الاتفاق على الإعفاء منها ويكون ذلك بمثابة إبراء للمدين ، كما يجوز الاتفاق على التخفيف منها كقبول جزء من التعويض المستحق (انور طلبة ص٢٣٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم قد انتهى إلى صحة الاتفاق على إعفاء الشركة من مسئوليتها عن جريمة التبديد التي اقترافها تابعها ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وفقاً لحكم المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني .(نقض جنائي ١٩٥٦/٤/٢ س٧ ص٤٥٩) ، وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق أن مسئولية الشركة المؤجرة مسئولية تقصيرية وكانت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٧ من القانون المدني صريحة في بطلات كل شرط يقتضي بالإعفاء من هذه المسئولية فإن دفاع الشركة المؤسسة على إعفائها من هذه المسئولية يكون مرفوضاً حتماً وبالتالي فهو دفاع غير جوهري لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى ومن ثم فإن إغفال الحكم الرد عليه لا يبطله (نقض ١٩٦٧/١٠/٢٦ س١٨ ص١٥٦٠) ، وبأن " مقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سالفاً على الإعفاء من المسئولية عن العمل غير المشروع ، فإذا كان هدف المشروع في تقدير مسئولية المتبرع عن أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبرع عن أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذه المسئولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص (نقض ١٩٦٧/١١/٧ س١٨ ص١٦١٤) ، وبأن " استناد الخصم إلى الخطأ العقدي لا يمنع المحكمة من أن تبني حكمها على خطأ تقصيري متى استبان لها توافر هذا الخطأ عند تنفيذ العقد ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استبان من تقرير الخبير أن الطاعنين قد ارتكبا خطأ تقصيرياً بإتلافهم غراس المطعون عليهم مما تكون معه تلك الأعمال قد تجاوزت الإخلال بالالتزام التعاقدي ، فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى أعمال أحكام المسئولية التقصيرية ، وقضى بإلزامها متضامنين بالتعويض بغير إعذار سابق ودون اعتذار بما اتفق عليه الطرفان بعقود الإيجار ، لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه " (مجموعة محكمة النقض لسنة ٢٦ ص٩٤٢ جلسة ١٩٧٥/٥/٨)

- يتعين على المحكمة تطبيق قواعد المسئولية واجبة التطبيق ، وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أنه إذا طبقت الموضوع خطأ أحكام المسئولية التقصيرية دون قواعد المسئولية الواجبة التطبيق فإنها تكون قد خالفت القانون – إذ يتعين عليها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها لأن تحديد طبيعة المسئولية التي يتولد عنها الحق المضرور في طلب التعويض يعتبر مطروحاً عليها (الطعن رقم ٢٠٩١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩١/١/٢) ، وبأن " يتعين على محكمة الموضوع في كل حال أن

تتقصى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي التعويض وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ، باعتبار أن كل ما تولد به للمضرور حق في التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أحدثه أو تسبب فيه وإنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض ، مهما كانت طبيعة المسئولية التي استند إليها المضرور في تأييد طلبه ، أو النص القانوني الذي اعتمد عليه في ذلك ، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض التي يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها ، وأن تنزل حكمة على واقعة الدعوى ، ولا يعد ذلك منها تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها مما لا تملكه من تلقاء نفسها (نقض ١٩٧٣/١٢/١١ س٢٤ ص١٢٤٣ ، ونقض ١٩٧٩/٢/٥ س٣٠ ص٤٧٦) ، وبأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد طبقت أحكام المسئولية التقصيرية الواجبة التطبيق ، فإنه يجوز لمن تكون له مصلحة من الخصوم في إعمال هذه القواعد أن يطعن في الحكم بطريق النقض على أساس مخالفته للقانون ، ولو لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هي بإعمال أحكامها من تلقاء نفسها ، ولا يعتبر النعي على الحكم بذلك إبداء لسبب جديد مما لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك أن تحديد طبيعة المسئولية التي يتولد عنها حق المضرور في طلب التعويض يعتبر مطروحاً على محكمة الموضوع ولو لم تتناوله بالبحث فعلاً " (الطعن رقم ٨٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١١)

- اشتراط المدين إعفائه من المسئولية الناشئة عن فعل تابعيه : الأصل وفقا للمادة ١٧٤ مدني أنه يكون المتبرع مسئولاً عن أعمال تابعة سواء كانت وليدة خطأ أو عمد ، ولما كان هذا النص غير متعلق بالنظام العام فإنه يجوز للمدين أن يشترط على المتعاقد معه ، ألا يكون مسئولاً عن الفعل العمدي الذي يقع من تابعه أو عن خطأه الجسيم الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام ويكون هذا الشرط صحيحاً أما إذا اشترط المدين عدم مسئولية عن أفعال تابعة وكانت هذه الأفعال تشكل جريمة جنائية ، كان الشرط باطلاً وتحققت مسئولية كل من المتبرع والتابع قبل الدائن ، إذ يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (أنور طلبه ص٢٤٨).

وقد قضت محكمة النقض بأن " عقد القطر وإن كان يعتبر من عقود النقل البحري إلا أنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من اتفاق طرفيه على أن تكون القاطرة وربانها ورجال طاقمها تحت رقابة أو توجيه الشركة المطعون ضدها – مالكة المنشاة المقطورة – وتابعين لها من ثم تسأل عن خطئهم ، ولا يعد ذلك منهم اتفاقاً على نفي أو درء للمسئولية التقصيرية وهو الأمر الذي حظرته المادة ٣/٢١٧ مدني – وإذ أن مسئولية المطعون ضدها على أساس مسئولية المتبرع عن أعمال تابعة غير المشروعة – وعلى ما سلف البيان – هي مسئولية لبيعة مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور بضم مسئول أخر

يكفل بالتضامن المسئول الأصلي دون أن ينقص ذلك من حق المضرور في الرجوع إن شاء على المسئول الأصلي مباشرة أو على المتبرع ، فإذا استأدى تعويضه من المتبرع كان للأخير الرجوع على تابعه بضرر بما يفي به من التعويض للمضرور كما أن عدم الاتفاق في عقد القطر على تنظيم كيفية ملازمة ملاك الحوض العائد أو وكلائهم (المطعون ضدها) للرحلة البحرية أثناء القطر لا ينفي تبعية ربان ورجال طاقم القاطرة للمطعون ضدها ، تلك التبعية الثابتة بشروط عقد القطر والتي تعطيها السلطة الفعلية في الرقابة والإشراف والتوجيه على ربان وبحارة القاطرة ، وذلك أن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التي تثبت للمتبرع في رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها سواء استعمل المتبرع هذه السلطة أو لم يستعملها طالما أنه في استطاعته استعمالها " (الطعن رقم ٦٥٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)، وبأنه إذا خلص الحكم المطعون فيه إلى عدم مساءلة الناقل عن التلف تأسيساً على شرط الإعفاء الوارد بعقد النقل طبقاً لنص المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني فلا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أياً كان الخطأ الذي نسبه الحكم إلى عمال الناقل وسواء وصفه بأنه خطأ يسير أو خطأ جسيم "(مجموعة محكمة النقض لسنة ٢٠ ص٨٥١ جلسة ١٩٦٩/٦/٣) ، وبأنه " تقوم مسئولية المتبرع عن أعمال التابع الغير مشروعة – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – على أساس الخطأ المفترض في جانب المتبرع كتقصيره في مراقبة من عهد إليهم بالعمل لديه وتوجيههم مما مؤداه اعتبار مسئولية المتبوع قائمة بناء على عمل غير مشروع ومقتضى المادة ٣/٢١٧ من القانون المدني هو عدم جواز الاتفاق سلفاً على الإعفاء من المسئولية عن العمل غير المشروع فإذا كان هدف المشرع في تقدير مسئولية المتبرع من أعمال التابع الغير مشروعة هو سلامة العلاقات في المجتمع مما يعد من الأصول العامة التي يقوم عليها النظام الاجتماعي والاقتصادي في مصر فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذا اعتبر القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع من أعمال التابع غير المشروعة من المسائل المتعلقة بالنظام العام في في معنى المادة ٢٨ من القانون المدني ورتب على ذلك استبعاد تطبيق القانون الفلسطيني الذي لا تعرف نصوصه هذه المسئولية وطبق أحكام القانون المصري في هذا الخصوص" (الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٧)

- عدم جواز الاتفاق على تخفيف مسئولية الناقل البحري عن الحدود المسموح بها في معاهدة سندات الشحن : **لا يجوز الاتفاق على تخفيف مسئولية الناقل البحري عن الحدود المسموح بها في معاهدة سندات الشحن ومن ثم أي اتفاق على تخفيف مسئوليته يعد باطلاً .**

وفي ذلك تقول محكمة النقض بأن " مؤدى نص المادتين ٨/٣و ٥/٤ من معاهدة سندات الشحن الصادرة بها مرسوم بقانون في ١٩٤٤/١/٣١ أن التحديد القانوني لمسئولية الناقل البحري نصت عليه المعاهدة – في حالة بيان جنس البضاعة أو قيمتها في سند الشحن – يعتبر حد أقصى

للمسئولية القانونية لما يمكن أن يحكم به ، وحداً أدنى للمسئولية الاتفاقية بالنظر إلى ما يمكن الاتفاق عليه ، وأنه وإن كان يصح الاتفاق على تشديد مسئولية الناقل على الحد القانوني المنصوص عليه في المعاهدة وهو مائة جنية انجليزي عن كل طرد أو وحدة – إلا أن الاتفاق على تخفيف مسئوليته والنزول بها بحيث يكون الحد الأقصى لها أقل من الحد القانوني المنصوص عليه فيها يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا أثر له وبالتالي ينفتح المجال لتقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني في شأن المسئولية التعاقدية بصفة عامة على ألا يجاوز التعويض المقضي به الحد الأقصى المقرر في المعاهد في حالة عدم بيان جنس البضاعة وقيمتها في سند الشحن " وبأن " متى كانت معاهدات سند الشحن الصادر به مرسوم بقانون في ١٩٤٤/١/٣١ هي القانون المتعين التطبيق على النزاع ، فقد وجب إعمال ما ورد بهذا التشريع من أحكام خاصة بالتحديد القانوني للمسئولية بصرف النظر عما في هذه الأحكام من مغايرة لما هو مقرر في شأن التحديد الاتفاقي للمسئولية " (الطعن رقم ٥٦٩ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٦) ، وبأن " ظاهر من نص الفقرة الثامنة من المادة الثالثة والفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ أنها لم تتناول بيان طريقة تقدير التعويض الذي يلتزم به الناقل عن عجز البضائع المشحونة وهلاكها واكتفت بوضع حد أقصى للتعويض عن هذا العجز أو التلف إذا لم يتضمن سند الشحن بيان جنس البضاعة وقيمتها قبل شحنها ، كما خلت باقي نصوص المعاهدة والقانون البحري من بيان طريقة تقدير هذا التعويض ، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني في شأن المسئولية العقدية بصفة عامة مع مراعاة الحد الأقصى المشار إليه " وبأن " إذا كانت المادة ٢٢١ من القانون المدني تقضي بأن يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام ، فإن مقتضى ذلك ، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الناقل يكون مسئولاً عن هلاك البضائع أو فقدها أثناء الرحلة البحرية بمقدار سعرها بالسوق الحرة التي تخضع لقواعد العرض والطلب في ميناء الوصول ، ومن ثم وإن جاز الاتفاق على إعفاء الناقل البحري من المسئولية أو على تخفيفها إذا كان العجز في البضائع أو تلفها قد حدث قبل شحنها أو بعد تفريغها أي قبل أو بعد الرحلة البحرية ، إلا أنه إذا كان العجز أو التلف قد لحق البضائع أثناء هذه الرحلة ، فإن الاتفاق على إعفاء الناقل البحري من المسئولية أو تخفيفها عن الحد الذي تقضي به معاهدة بروكسل والقواعد العامة في القانون المدني المكملة لها أن يكون اتفاقاً باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يسوغ إعماله " (الطعن رقم ١٧٣ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠)

- مسئولية الناقل الجوي : المستفاد من نصوص المواد ١٧، ٢٠، ٢٢ من اتفاقية فارسوفيا أن الناقل الجوي يكون مسئولاً عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة أو أصابة أي راكب إذا كانت الحادثة التي تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء عمليات الصعود أو الهبوط ، وقد

حددت المادة ٢٢ من الاتفاقية مسئولية الناقل قبل كل راكب بمبلغ ٢٥ الف فرنك فرنسي ، ثم عدلت بالمادة ١١ من برتوكول لاهاي الساري من ١٩٦١/٨/١ برفع الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل الجوي عن كل راكب إلى مبلغ ٢٥٠ الف فرنك فرنسي ، وكانت المادة ١٣ من البرتوكول سالف البيان المعدلة للمادة ٢٥ من اتفاقية فارسوفيا قد نصت على أن لا تسري الحدود المنصوص عليها في المادة ٢٢ متى قام الدليل على أن الضرر قد نشأ عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو أحد تابعيه وذلك أما بقصد إحداث ضرر وأما برعونة مقررة بإدراك أن ضرراً قد يترتب عليها (الطعن رقم ١٣٠١ س٤٨ق جلسة ٢٩/ ١٩٨١/١١) ، وبأن " تقدير التعويض الناشئ عن مسئولية الناقل الجوي في نقل الأمتعة المسجلة والبضائع ، والأصل أن يكون حكيماً على أساس وزن الرسالة . شرطه إيضاح المرسل عن تسليمها نوع البضاعة وقيمتها وسداد الرسوم الإضافية عنها ما لم يثبت الناقل تجاوزها القيمة الحقيقية . م٢/٢٢ من اتفاقية فارسوفيا (الطعن رقم ٢٩٩٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/١١/١٤) ، وبأن " وإذا كانت المادة ٢٥ق من اتفاقية فارسوفيا للطيران – قبل تعديلها ببروتوكول لاهاي – تستوجب للقضاء بالتعويض كاملاً وغير محدد أن يثبت أن الضرر المطالب بتعويضه قد نشأ عن غش الناقل أو عن خطأ منه يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلاً الغش ، وكان الخطأ المعادل للغش وفقاً للتشريع المصري ، هو الخطأ الجسيم المنصوص عليه في المادة ٢١٧ من القانون المدني ، فإنه يشترط الخكم على شركة الطيران الناقلة بالتعويض كاملاً ، وقوع خطأ جسيم من جانبها ، ويقع عبء إثبات هذا الخطأ على عاتق مدعيه ، كما أن لمحكمة الموضوع تقدير مدى توافر الأدلة على ثبوته (الطعن رقم ٥٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٦) ، وأن نص المادة ٢٥ق من اتفاقية فارسوفيا الذي يقضي بأنه " ليس للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التي تعفيه من المسئولية وتحد منها إذا كان الضرر قد تولد عن غشه أو من خطأ يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلاً للغش ، وكذلك يحرم الناقل من هذا الحق إذا أحدث الضرر في نفس الظروف أحد تابعيه في أثناء تأديته لأعمال وظيفته " هذا النص قد تضمن قاعدة اسناد تحيل إلى قانون القاضي في تعريف الخطأ المعادل للغش والذي يستوجب مسئولية الناقل مسئولية كاملة غير محددة بالحدود الواردة في المادة ٢٢ من الاتفاقية المذكورة ولما كانت المادة ٢١٧ من القانون المدني الخاصة بشروط الإعفاء من المسئولية أو الحد منها لا تعتبر من أنواع الخطأ ما يعادل الغش ويأخذ حكمه سوى الخطأ الجسيم فإن الحكم المطعون فيه إذا استلزم لتطبيق المادة ٢٥ من الاتفاقية – قبل تعديلها – وقوع خطأ جسيم من الناقل الجوي لا يكون مخالفاً للقانون" (الطعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧) ، وبأن " يشترط لتطبيق المادة ٣٥ من اتفاقية فارسوفيا والقضاء تبعاً لذلك بالتعويض كاملاً وغير محدد بالحدود الواردة في المادة ٢٢ من هذه الاتفاقية أن يثبت أن الضرر المطالب بتعويضه قد نشأ عن غش أو عن خطأ منه

يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلاً للغش ، وإذا كان التشريع المصري الذي أحالت إليه الاتفاقية في تعريف الخطأ المعادل للغش – بالنسبة للانزعة التي ترفع إبى محاكم الجمهورية بشأن حوادث الطيران المدني – قد أفصح في المادة ٢١٧ من القانون المدني بأنه لا يعتبر من أنواع الخطأ ما يعادل الغش ويأخذ حكمه سوى الخطأ الجسيم فإنه يشترط للحكم على شركة الطيران الناقلة بالتعويض كاملاً ثبوت وقوع الخطأ الجسيم من جانبها . (الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)

- مسئولية المؤمن في الخسارات البحرية : لئن كان الأصل في قيام مسئولية المؤمن له في الخسارات البحرية وفقاً لما تقضي به المادة ٢٤٣ من القانون التجاري البحري ألا تقبل الدعوى بالمسئولية قبل المؤمن له في الخسارات البحرية وفقاً لما تقضي به المادة ٢٤٣ من القانون التجاري البحري ألا تقبل الدعوى بالمسئولية قبل المؤمن عن تلف البضاعة أو عجزها إذا كان يقل عن واحد في المائة من قيمة الشيء الحاصل له الضرر إلا أنه إذا وجد شرط خاص في مشارطة التأمين بصدد المسئولية عن العجز أو التلف إ فإنه يجب إعماله ذلك أن القاعدة الواردة في المادة ٢٤٣ سالفة البيان ليست من القواعد الأمرة ، بل يجوز الاتفاق على مخالفتها بتشديد مسئولية المؤمن أو تخفيفها وفقاً للشروط الخاصة بذلك التي تحددها مشارطة التأمين البحري " (الطعن رقم ١١٠ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨)
- عدم جواز الإعفاء من المسئولية في عقود الإذعان : لما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه استخلص من العقد المبرم بين الطرفين ، أن العقد تم بطريق الإذعان وأن الشرط الذي تضمنه البند الثاني منه بإعفاء الطاعنة – هيئة الموصلات السلكية واللاسلكية – من المسئولية عن تعطل التليفون وهو من قبيل الشروط التعسفية وانتهى إلى إعفاء المطعون عليه – المشترك – باعتباره الطرف المذعن منه إعمالاً للمادة ١٤٩ من القانون المدني ، وإذا كان هذا الاستخلاص مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وقد أقيم على أسباب سائغة ولم يكن محل نعي من الطاعنة ، فإن ما يثيره لحول التمسك بهذا الشرط يكون في غير محله (الطعن رقم ١٥٥٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦)

﴿ الـمــــادة ٢١٨ ﴾

" لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢١٩ سوري ، المادة ٢٢١ ليبي ، المادة ٢٥٦ عراقي ، المادة ٢٥٣ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٢٩٦ من المشروع التمهيدي علة وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٥ من المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ثم مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٨ " (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص ٥٥٥ – ص٥٥٦)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " **دعوة توجه إلى المدين قصد منها إنذاره يوجب الوفاء " ويترتب على ذلك ما يأتي : " أولاً لا ضرورة للإعذار إذا كان الدائن يطالب بالوفاء عيناً ، لا بالوفاء بمقابل (التعويض) ثانياً لا فائدة في الإعذار إذا أصبح من المحقق أن المدين لا يمكنه تنفيذ الالتزام عينا ، لو أنه لم يرغب في ذلك " أما إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل فمجرد الإخلال بالتعهد يجعل الإعذار عديم الجدوى "**

﴿ الشـــــرح ﴾

- وجوب إعذار المدين قبل استحقاق التعويض ما لم ينص على غير ذلك **: أوجبت المادة ٢١٨ مدني سالفة الذكر على وجوب اعذار المدين قبل استحقاق التعويض وذلك ما لم ينص على غير ذلك ، فقد نصت على أن " لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك "**
- المقصود بالاعذار هو : **وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه بإثبات تأخيره في الوفاء به ، وذلك أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يفيد تمسك الدائن بهذا الأجل وتضرره من تأخير التنفيذ ما لم يسجل الدائن ذلك عن طريق الإعذار . فالاعذار ضروري لتنبيه المدين إلى نية الدائن إلى الالتجاء إلى التنفيذ الجبري إذا لم يف بالتزامه باختياره .(أنور سلطان ص١٤٩)**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **المقصود بالاعذار هو وضع المدين في مركز الطرف المتأخر عن تنفيذ التزامه ولا موجب للإعذار متى أصبح التنفيذ غير ممكن بفعله (الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥٣ق س٣٨ ٤٢ص ١١٢٩جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٠) ، وبأن " قد مفاد نص المادتين ٢١٨، ١/٢٣٠ من القانون المدني أنه ولئن كان التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين مالم ينص على غير ذلك إنه لا**

ضرورة لهذا الاعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (الطعن رقم ١٥٥٦ لسنة ٥٦ق س٤٠ ع١ ص٨٤٠)

- والعلة في اشتراط الاعذار قبل الالتجاء إلى التنفيذ الجبري ترجع إلى اعتبارين : الأول أخلاقي ويقصد به تنبيه المدين إلى وجوب الوفاء بالتزامه لتفادي التنفيذ الجبري وما يتضمنه من وسائل القهر . والثاني قانوني وأساسه افتراض أن عدم تضرر الدائن من التأخير في التنفيذ دليل على قبوله ضمناً مد أجل الوفاء ولذا يكون على الدائن نفى هذا الافتراض باعذار المدين . (أنور سلطان ص١٤٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان اعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة التأخير في تنفيذ التزامه إذ أن مجرد حلول أجل الالتزام والتأخير الفعلي في تنفيذه لا يكفي لاعتبار المدين متأخراً في التنفيذ على نحو يوفر مسئوليته القانونية عن هذا التأخير بل لابد من إعذاره بالطرق التي بينها القانون فعندئذ يصبح المدين ملزماً بتنفيذ التزامه فوراً " (الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢) ، وبأنه " مفاد نص المادة ١٨ من القانون المدني أن شرط استحقاق التعويض عند عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه ، اعذار المدين مالم ينص على غير ذلك ، ولا يغني عن هذا الاعذار أن يكون التعويض مقداراً في العقد أو أن يكون قد حل أجل الوفاء به وتأخر المدين فعلاً في أدائه " (الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢) ، وبأن " لما كان المبين من الأوراق أن عقد البيع سند الدعوى قد خلا من النص على الإعفاء من الاعذار وهو إجراء واجب لاستحقاق التعويض المتفق عليه فيه وكان هذا الاعذار لم يتم إلا بتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٠ فإنه من ذلك التاريخ يحق للمطعون عليهما المطالبة بالتعويض المنصوص عليه بالبند السابع من عقد البيع سالف الذكر ، لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي قد خالف هذا النظر وقضى بالزام الطاعنة بالتعويض المطالب به عن المدة ١٩٨٣/٣/١ حتى ١٩٨٩/١/٣١ وهي الفترة السابقة على حصول الاعذار الموجه إليها من المطعون ضدهما في ١٩٨٩/٤/٢٠ – رغم تمسكها بدفاعها الوارد بسبب النعي – فإنه يكون قد أخطأ في القانون (الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/٤/١٢)

- وقت الاعذار : لما كان الغرض من الاعذار هو إثبات تقصير المدين وامتناعه عن تنفيذ التزامه ، ولذلك يجب أن يتم بعد حلول الأجل المحدد للتنفيذ وإن كان هذا الاخلال يرتب ضرراً للدائن إلا أن الأخير لا يجوز له المطالبة بالتعويض إلا عن الضرر الذي يلحقه اعتباراً من وقت الإعذار دون الضرر السابق عليه إذ تقوم قرينة قانونية قاطعة على أن الضرر لم يتحقق إلا من وقت الاعذار ، طالما تم بعد حلول الأجل المحدد للتنفيذ ، فإن تم قبل ذلك كان حابط الاثر حتى ولو تم الاخلال بعده بقليل ، إذ لا يساغ القول بتحقيق الضرر قبل خطأ المدين ، وأن الاعذار هو مناط

توافر الضـــرر فإن أقام دعوى التعويض بعد الاخلال بالالتزام وتضـــمنت تكليفاً بالوفاء على نحو ما تقدم ، فإنه يعتد بالضـــرر اعتباراً من تاريخ اعلان الدعوى دون الضـــرر الذي تحقق قبل ذلك ، وإذا تعددت الاعذارات كانت العبرة بالاعذار الأخير باعتباره متضـــمناً ما اســـتقرت عليه إرادة الدائن وتتحدد مسـئولية المدين عن الاخلال محل الاعذارات السـابقة وفقاً لما تضـمنه الاعذار الأخير ، فقد يحتفظ الدائن بحقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء هذا الاخلال ويسعى بالاعذار الأخير إلى تكليف المدين بالتنفيذ العيني لالتزامه الذي حل ، وقد يتضـــمن تنازلاً عن التعويض المستحق ، ويخضع تفسير الاعذار الأخير لقواعد تفسيرات المحررات (أنور طلبه ص٢٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إمهال الدائن مدينة ذو شأن في تعين تاريخ التقصير فإذا كان الحكم قد اعتد في تعين تاريخ التقصـــير باعذار صـــادر في تاريخ معين دون الاعذار الصـــادر بعده المشتمل على منح مهلة للوفاء وذلك من غير أن يوضح علة اطراحه الاعذار الاخير فإنه يكون قاصراً (نقض ١٩٤٨/٤/٢٩ جــ١ في ٢٥سنة ص٢٦٠) ، وبأن " وإن كانت التضمينات في حالة العجز عن الوفاء إلا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضـمينات تكون مسـتحقة من الوقت الذي يمتنع فيه المدين عن الوفاء به بعد تكليفه رسـمياً من قبل الدائن عملاً بالقاعدة العامة ، على ذلك إذا سـلم البائع جزءاً من المبيع متأخر عن الميعاد المتفق عليه ثم توقف عن تسـليم الباقي حتى اعذاره المشـتري ، ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدل على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي حصل فيه تسليم ذلك الجزء ، بل أن كانت الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضـــاء الطرفين فإن التضـمينات لا تكون مستحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً وإذا تمسك المشتري (بسبب ارتفاع الأسعار) باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه التاريخ الذي ظهر فيه عجزه عن الوفاء بالباقي وقض المحكمة بذلك كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون " (مجموعة القواعد القانونية في العام ٢٥ بند ٦٨ ص٣٥٥) ، وإذا تضـــمن الاعذار الأخير منح المدين مهلة أخرى لتنفيذ التزامه ، أو ما تبقى منه ثم أخل بالوفاء رغم حلول الأجل الذي تضمنه الإعذار ، جاز للدائن رفع دعوى التعويض مباشرة دون أن يسبقها باعذار ، لأن المهلة الجديدة بمثابة منحة من الدائن ويكون الاخلال الجديد امتداداً للاخلال السـابق الذي توافر الاعذار بالنسـبة له وإذا قام المدين بالوفاء الجزئي بعد اعذاره وقبل الدائن هذا الوفاء ولم يمنح المدين مهلة للوفاء بباقي الالتزام فإن استحقاق تعويض عن هذا الاخلال يتطلب اعذاراً جديداً لانقضاء أثر الاعذار السابق بالوفاء الجزئي . (أنور طلبه ص٢٥٦)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " ولا يسـتحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك فإذا كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشـــترية) لم تعذر

المطعون عليهم (البائع والضـــامن له) بالوفاء عند حلول الأجل المحدد لتوريد القطن وكان العقد المبرم بين الطرفين قد خلا من النص على الإعفاء من الاعذار وهو إجراء واجب لاســتحقاق التعويض المتفق عليـه فيـه ، فـإن الطـاعنـة لا تكون على حق في المطـالبـة بهـذا التعويض (نقض ١٩٦٢/٥/٣ س١٣ص٥٨٣) ، وبأن "كانت التضمينات في حالة العجز عن الوفاء العيني تعتبر مستحقة من الوقت الذي يظهر فيه الدائن عجز المدين عن الوفاء ، إلا أنه إذا لم يظهر هذا العجز للدائن فإن التضــمينات تكون مسـتحقة من الوقت الذي يمتنع فيه المدين عن الوفاء بعد تكليفه به رسـمياً من قبل الدائن عملاً بالقاعدة القانونية العامة وعلى ذلك إذا ســلم البائع جزاءاً من المبيع متأخراً عن الميعاد المتفق عليه تم نوقف عن تسـليم الباقي حتى اعذره المشـتري ولم يثبت من وقائع الدعوى ما يدول على ظهور عجز البائع عن الوفاء من اليوم الذي فيه تسـليم ذلك الجزء بل كانت تلك الوقائع دالة على أن ميعاد التوريد المتفق عليه في العقد قد عدل عنه برضـاء الطرفين ، فإن التضـمينات لا تكون مسـتحقة إلا من الوقت الذي امتنع فيه البائع عن الوفاء بعد تكليفه به رسمياً . وإذا تمسـك المشـتري (بسـبب ارتفاع الأسـعار) باستحقاق التضمينات من تاريخ التسليم الجزئي باعتبار أنه هو التاريخ الذي ظهر فيه عجزه (البائع) عن الوفاء بالباقي ، وقضــت المحكمة بذلك كان حكمها مخطئاً في تطبيق القانون (نقض ١٩٤٥/١/٢٥ ج١ في ٢٥ سنة ص٣٥٥)

- أثار الاعذار : يترتب على اعذار المدين النتائج التالية : أولاً : يصـبح المدين مسـئولا عن التعويض لتأخيره في تنفيذ الالتزام وذلك من وقت الاعذار أما في الفترة التي سـبقت الاعذار فلا يعوض المدين الدائن عن التأخير في التنفيذ فالمفروض أن الدائن قد رضـى بهذا التأخير ولم يصبه منه ضرراً ما دام أنه لم يعذر المدين والنص صريح في هذا المعنى ، فقد قضت المادة ٢١٨ مدني بأنه لا يسـتحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ويلاحظ أنه إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فالتعويض عن التأخير – أي الفوائد – لا يكون مسـتحقاً بمجرد اعذار المدين بل لابد من رفع الدعوى ولا تسـري الفوائد إلا من وقت إعلان صـحيفة الدعوى (السـنهوري ص٧٥٨) ثانياً : إمكان مطالبة الدائن بفسخ العقد التبادلي بسبب عدم قيام الطرف الأخر بتنفيذ التزامه ، فقد نصت المـادة ١/١٥٧ من القـانون المـدني على أنـه " في العقود الملزمـة للجـانبين إذا لم يوف أحـد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، ومع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض (م١٥٨) (عزمي البكري ص٦٢١) ثالثاً : انتقال تبعة الهلاك من طرف إلى أخر : الأصـل في تبعة الهلاك أنه على المدين في العقود الملزمة للجانبين وعلى الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد غير أنه قد يغير من هذا الأصـل صـدور اعذار من الدائن إلى المدين في العقود الملزمة للجانبين أنه إذا اسـتحال على المدين تنفيذ التزامه لسـبب

أجنبي انقضى هذا الالتزام وانقضى تبعاً له الالتزام المقابل (م ٣٧٣ مدني) ومعنى ذلك أن المدين قد استحال تنفيذ التزامه لا يستطيع مطالبة الدائن بتنفيذ ما تعهد به وبذلك يتحمل المدين في العقد التبادلي تبعة استحالة تنفيذ التزامه ففي البيع مثلاً إذا هلك المبيع المعين بالذات قبل التسليم لسبب أجنبي ، تحمل البائع وهو المدين بالتسليم تبعة هذا الهلاك وانقضى التزام الدائن أي المشتري بدفع الثمن وإذا كان هذا هو الأصل بالنسبة للعقود التبادلية فلن يغير منه شيئاً صدور الاعذار من الدائن أو عدم صدوره .ولكن إذا كان العقد من العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة غير المأجورة واستحالة على المدين أي على المودع عنده تنفيذ التزامه بالرد لسبب أجنبي كهلاك الشئ المودع بقوة قاهرة ، انقضى هذا الالتزام ، وتحمل المودع أي الدائن تبعة الهلاك ولكن إذا فرض وكان المودع قد أعذر المودع عنده برد الوديعة قبل وقوع الهلاك ، ترتب على هذا الاعذار انتقال تبعة استحالة تنفيذ الالتزام من الدائن إلى المدين وإلى هذا الحكم أثارت المادة ١/٢٠٧ من التقنين المدني بقولها " إذا التزم المدين أن ينقل حقاً عيناً أو أن يقوم بعمل وتضمن التزامه أن يسلم شيئاً ولم يقم بتسليمه بعد أن اعذر فإن هلاك الشيء يكون عليه ولو كان الهلاك قبل الاعذار على الدائن " غير أن هذا النص ليس قاطعاً في نقل تبعة الهلاك من الدائن إلى المدين المعذر ، إذ قد أجازت الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر للمدين أن يثبت أن الشيء كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلمه إليه ،وبذلك لا يستطيع المدين أن يتخلص من هذه المسئولية ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا حالة ما إذا كان المدين قد قبل أن يتحمل تبعة الحوادث المفاجئة (أنور سلطان ص١٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " ومتى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضده باعتبار العقد مفسوخاً من جهته وكان الحكم المطعون فيه رتب على هذا الاعلان أن المطعون ضده لم يكن بحاجة إلى اعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار أن الطاعن قد صرح بهذا الاعلان أنه لا يريد القيام بالتزامه فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون (الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٤) ، وبأن " النص في حق البيع على المشتري في التنازل عنه للغير وحصول هذا التنازل بالفعل لا يحرم البائع من استعمال حقه في طلب فسخ ذلك العقد عند قيام موجبه ولا يلزمه بتوجيه الاعذار إلا إلى المشتري منه أما المتنازل إليه فليس طرفاً في العقد المطلوب فسخه ومن ثم فلا ضرورة لاعذاره (الطعن رقم ١٨٨ س٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤) ، وبأن " ولئن كانت المادة ١/٢٠٣ من القانون المدني أوجبت حصول الاعذار عند المطالبة بالتنفيذ العيني إلا أن الاعذار ليس شرطاً لقبول الدعوى وإنما هو شرط للحكم بالتنفيذ العيني ، والاعذار هو وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ويكون ذلك بإنذاره بورقة رسمية من أوراق المحضرين أو ما يقوم مقامه وتعتبر المطالبة القضائية ذاتها اعذاراً (الطعن رقم ١٤١٤ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/٢/٣) وبأنه لما كان الاعذار إجراء واجباً

لاستحقاق التعويض ما لم ينص على غير ذلك – وكان المقصود بالاعذار هو وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه – والأصل في الاعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه ،ويقوم مقام الاعذار أيه ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين بالوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن لما كان ذلك وكان الانذاران الموجهان من الطاعنة إلى الشركة المطعون ضدهم بتاريخ ١٩٦٩/٤/٧، ١٩٧٠/٨/١٩ – والمرفقان بملف الطعن – لم يتضمنا دعوة الطاعنة للشركة المطعون ضدها للوفاء بالتزامها بتمكينه من تنفيذ باقي الأعمال المسندة إليه والتي يدعى أن الشركة المطعون ضدها منعته من تنفيذها – وإذا لم تشتمل صحيفة الدعوى –كذلك – على الاعذار بالمعنى الذي يتطلبه القانون وكان عقد المقاولة – المحرر عن هذه الأعمال – والمرفق بملف الطعن – قد خلا من النص على الاعفاء من الاعذار – فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى رفض طلب التعويض لتخلف الاعذار يكون قد صادف صحيح القانون (الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٤/٣/١٢) ، وبأن " لا يكفي لترتيب الأثر القانوني للاعذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع قد انذره مادام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازل فيه مطروحاً بل يجب تقديم الانذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين أن كان يترتب على الفسخ أم لا وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه لأنه قد يكون حاصلاً قبل الميعاد المعين للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (الطعن رقم ٨٠ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/٣/١٦) ، وبأن " التأخير في تسليم الأرض المتبادل عليها تقصير تعاقدي حكمه وارد بالمادة ١١٩ من القانون المدني وهو ايجاب التضمينات على المدين المقصر ، ثم بالمادة ١٢٠ التي تقضي بأن تلك التضمينات لا تكون مستحقة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً وهذه القاعدة العامة هي نفس القاعدة الواردة في باب البيع في المادة ٢٧٨ عند تأخر البائع عن تسليم المبيع تلك المادة التي تسري حكمها على المقايضات بمقتضى المادة ٣٦٠ الواردة في باب العاوضة (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٤/١١)

- عدم تعلق الاعذار بالنظام العام : **الاعذار لا يتعلق بالنظام العام ، وإنما شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه إذا لم يبد تمسكه بعدم إعذار الدائن له أمام محكمة الموضوع (محكمة أول درجة أو ثاني درجة) فلا يقبل منه إثارة الدفاع لأول مرة أما محكمة النقض ، وينبني على ذلك أنه لا يجوز للمحكمة التصدي للإعذار من تلقاء نفسها (عزمي البكري ص٦٢٤) .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" الثابت من العقد المبرم بين الطرفين أن البند السادس منه ينص على حق الشركة الطاعنة في اسناد أعمال النقل لآخر فوراً وبدون تنبيه أو انذار وتحت مسئولية الناقل إذا لم يقدم الأخير العدد المطلوب من السيارات في المواعيد التي تضمنها البند السابع من**

العقد ومن ثم يكون المطعون ضدهم قد تنازلوا عن حقهم في الاعذار قبل اسناد تنفيذ التزاماتهم الناشئة عن العقد إلى آخرين إذا قعدوا عن تنفيذها ، ويكون الحكم المطعون فيه إذا استلزم اعذارهم على خلاف ما تم الاتفاق عليه في العقد قد خالف نصوص العقد مما يعتبر خطأ منه في تطبيق القانون (الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/١/١٠) ، وبأن " من المقرر أن الاعذار شرع لمصلحة المدين له أن يتنازل عنه فإذا لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى ، فلا يقبل منه اثاره هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض ، وإذا خلت الأوراق على ما يدل على سبق تمسك الطاعنين بهذا الدفاع أمام محكمة الاستئناف فإنه من ثم يعد سبباً جديداً وبالتالي غير مقبول (الطعن رقم ١٣٦٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢) ، وبأن " الاعذار قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه فإذا لم يتمسك المدين أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى بفسخ العقد ، فإنه لا يقبل منه اثاره هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض (الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٤/٥/١٤) ، وبأن " الاعذار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – قد شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه فإذا لم يتمسك المدين أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى بفسخ العقد ، فإنه لا يقبل منه اثاره هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض وإذا خلت الأوراق مما يدل على سبق تمسك الطاعنة بعدم اعذارها قانوناً قبل رفع الدعوى ومن ثم يعد دفاعها هذا سبباً جديداً وبالتالي غير مقبول " (الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩١/٤/٤٤) ، وبأن " لما كان من المقرر – في قضاء هذه المحكمة – الاعذار شرع لمصلحة المدين وله أن يتنازل عنه ، وكان البين من الأوراق أن الشركة المطعون ضدها لم تتمسك في دفاعها بأن الطاعن لم يعذرها بتنفيذ التزامها وإذا تصدت المحكمة من تلقاء نفسها لذلك وانتهت إلى رفض الدعوى لعدم اعذار الشركة ، فإن كان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٦/٢٩)

- عدم سريان حكم المادة ٢١٨ مدني على المبلغ الاضافي الذي يلتزم به صاحب العمل في حالة تأخيره عن دفع الاشتراكات : المبلغ الاضافي الذي يلتزم به صاحب العمل في حالة تأخيره عن دفع الاشتراكات لا تسري عليه حكم المادة ٢١٨ مدني سالفة الذكر ، ذلك أنه ليس تعويضاً مما تشترط المادة ٢١٨ لاستحقاقه اعذار المدين بل هو جزاء مالي فرضه المشرع على صاحب العمل لحمله على أداء الاشتراكات المستحقة في مواعيداها .وفي ذلك تقول محكمة النقض أن " المبلغ الإضافي الذي يلتزم به صاحب العمل في حالة تأخيره في أداء الاشتراكات والمنصوص عليه في المادة ١٧ من قانون التأمينات الاجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ ليس تعويضاً مما تشترط المادة ٢١٨ من القانون المدني لاستحقاقه اعذار المدين ، بل هو جزاء مالي

فرضه المشرع على صاحب العمل لحمله على أداء الاشتراكات المستحقة في مواعيدها وهذا الجزاء شبيه بالجزاء الذي فرضه المشرع في المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٣ لسنة ١٩٦٠ على حائزي أجهزة استقبال الإذاعة التليفزيونية الذين لا يؤدون الرسم المقرر في المواعيد المحددة لأدائه فقط إلزامهم ذلك القانون بدفع الرسم مضاعفاً ووصفت مذكرته الإيضاحية هذا الجزاء بأنه عقوبة مالية وهو ما يقطع بأنه ليس تعويضاً إذ أنه يختلف عن التعويض الذي هو مقابل الضرر الذي يلحق الدائن بسبب خطأ المدين والذي لابد لاستحقاقه من ثبوت هذا الخطأ ووقوع الضرر للدائن نتيجة له ، بينما المبلغ الإضافي يستحق بمجرد ثبوت التأخير في دفع الاشتراكات المستحقة ودون إثبات أي عنصر من تلك العناصر اللازمة لاستحقاق التعويض ومتى كان هذا المبلغ الإضافي لا يعتبر تعويضاً فإنه لا يسري عليه حكم المادة ٢١٨ من القانون المدني الذي يوجب الاعذار ويستحق بمجرد انقضاء المواعيد المحددة لأداء الاشتراكات المستحقة أسوة بالفوائد التي ألزم بها المشرع رب العمل في هذه الحالة" (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢)

﴿ المـــادة ٢١٩ ﴾

" يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى أي إجراء آخر ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢٢٠ سوري، المادة ٢٢٢ ليبي، المادة ٢٥٧ عراقي، المادة ٢٥٧ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة و٢٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار ويجوز أن يتم الاعذار بأي طلب كتابي أخر ما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون الحاجة إلى إنذاره " وفي لجنة المراجعة حلت عبارة " أي إجراء أخر" محل كلمة " إنذار" الواردة في آخر المادة لأن الاعذار بالتفاق عليه مقدماً يعتبر اعذاراً تم بإجراء معين ولا يدخل في الحالات التي لا ضرورة للاعذار فيها وهي الحالات المنصوص عليها في المادة التالية ، وأصبح رقم المادة ٢٢٦ في المشروع النهائي ووافق مجلس النواب على النص وفي لجنة مجلس الشيوخ سئل عما إذا كان الاعذار بكتاب عادي يكفي فأجيب بأنه يكفي لأن المراد بالاعذار هو تنبيه المدين إلى أن الدائن غير متهاون في حقه في التنفيذ فلم تأخذه اللجنة بهذا الرأي وجعلت الاعذار عن طرق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات

جائزاً بدلاً من جواز الاعذار بطريق الكتاب العادي وعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين الجديد وأصبح رقم المادة ٢١٩ ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ص٥٥٦ –ص٥٥٨)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن " إستحداث المشروع ضرباً من ضروب التيسير فلم يكتف بالإنذار الرسمي أو ما يقوم مقامه –كورقة التكليف بالحضور أو تنبيه نزع الملكية أو الحجز – بل أجاز الإعذار بالكتابة أياً كانت صورتها ولو كانت من قبيل الخطابات أو البرقيات بيد أن مجرد التصريح الشفوي لا يكفي في الإعذار ممهما يكن شكله إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ، وكذلك لا يعتبر المدين معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء ولوكان هذا الأجل محتسباً على أساس تقويم زمني معين فلم يجعل لمجرد حلول الأجل حكم الإعذار إلا إذا اتفق من قبل على خلاف ذلك .

﴿ الشـــرح ﴾

- شكل الإعذار : والأصل أن يتخذ الاعذار شكل الإنذار (summation) وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدي فيها الدائن للمدين رغبته في استيفاء حقه (أنور سلطان ص١٥٠)
- كيفية إعلان الإنذار : الأصل في إعذار المدين أن يكون بإنذاره ، والإنذار (summation) وهو ورقة رسمية من أوراق المحضرين يبدي فيها الدائن في وضوح أنه يطلب من المدين تنفيذ التزامه وهذا هو الطريق المعتاد لإعذار المدين حتى صح أن يقال " قد أعذر من أنذر " وقد بين من تقنين المرافعات (م٦–١٣) كيف يعلن المحضر الإنذار : يسلم صورة الإنذار إلى المدين نفسه في موطنه فإن لم يجده سلمها إلى وكيله أو خادمه أومن يكون ساكناً معه ، وإلا سلمها إلى جهة الإدارة على الوجه المبين في تقنين المرافعات في النصوص المشار إليها ولما كانت المادة ٢١٩ مدني تقضي بأنه يجوز أن يتم الاعذار عن طرق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات ، وجب الرجوع إلى هذا التقنين أيضا في ذلك وكان قانون المرافعات السابق يجيز الإعلان على يد المحضر بطريق البريد في أحوال بينها القانون وكذلك كان يجيز الإعلان بهذا الطريق إذا اختاره الطالب كتابة على أصل الورقة في الأحوال التي يكون فيها الإعلان في قلم الكتاب أو في الموطن المختار بشرط أن يكون هذا الموطن مكتب أحد المحامين وقد أصدر المشرع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٣ وتضمن إلغاء المواد ١٥– ١٩ من قانون المرافعات المنظمة للإعلان بطريق البريد ولم يأخذ أيضاً قانون المرافعات الحالي بنظام الإعلان بطريق البريد (السنهوري ص٧٥٠) ، ويقوم مقام الإنذار أية ورقة رسمية يعلنها المحضر إلى المدين كصحيفة دعوى التعويض بشرط أن تتضمن تكليفاً للمدين بتنفيذ التزامه إذ بهذا التكليف بتوافر مقتضى الإنذار ، فإن خلت من هذا التكليف فلا تتضمن إنذار وبالتالي لا تتضمن إعذاراً وأيضاً تنبيه نزع الملكية فهو ورقة رسمية من أوراق

المحضـــرين يتضـــمن إنذار للمدين بالوفاء بالدين ويتوافر وفقاً له الاعذار والحجز هو أيضـــاً ورقة رسمية من أوراق المحضرين يعلن للمدين متضمناً إنذار له بالوفاء ، فيتوافر به الإعذار ويسري ذلك بالنســـبة لتنبيه نزع الملكية والحجز الإداري الذي يعلنه مندوب الجهة الإدارية الحاجزة ، ويتم تحرير الإعذار من أصـــل وعدد من الصـــور بقد عدد المدينين وذلك في الشـــكل المقرر لأوراق المحضرين وتسلم لقلم المحضرين التابع له الدائن بعد سداد الرسم المقرر ليقوم بإعلانه بتسليم الصورة وإعادة الأصل بعد التوقيع عليه بتسليم الصورة ويخضع الإعذار من حيث الصحة والبطلان للقواعد المقررة لأوراق المحضرين وبالتالي لا ينتج أثره إلا إذا استوفى شروط صحته وينتج الإعذار أثره فيعتبر المدين مقصـــراً منذ إعلانه ، لكن إذا منحه الدائن مهلة للوفاء تضـــمنها الإعذار فإن التقصير لا يتوافر إلا بانقضائها (أنور طلبه ص٢٦٥) ، وإذا كان الأصل أن يتم الإعذار عن طريق الإنذار أو ما يقوم مقامه ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من الخروج على هذا الأصل ذلك أنه إذا كانت المادة ٢١٩ من التقنين المدني تبيح الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء أخر ، فلا شبهة في أنها تجيز من باب أولى الاتفاق على أن يتم الاعذار بطريق آخر دون التنفيذ بشـــكل معين وعلى هذا يجوز الاتفاق صـــراحة أو ضـــمناً على أن يتم الإعذار بخطاب مسجل عادي أو بخطاب شفوي على أن يراعى في هذه الحالة الأخيرة القواعد العامة في الإثبات . والأحكام الثابتة في شأن الإعذار يعمل بها في المسائل المدنية والتجارية على السواء إلا أنه يجب أن يراعى في المسائل التجارية ما يكون لاقد جرى به العرف من جواز الإعذار بورقة غير رسمية أو بإخطار شفوي (أنور سلطان ص ١٥١ وما بعدها) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل في الإعذار أن يكون المدين على يد محضر بالوفاء بالتزاماته الذي تخلف عن تنفيذه ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رســـمية يدعو ف٥يها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزاماته ويســـجل عليه التأخير في تنفيذه ولا يتطلب القانون أن تتضـــمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين يطلب بفســـخ العقد في حال عدم وفاته بالتزامه ذلك لأن الفســـخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزاماته في العقود الملزمة للجانبين وليس بلازم أن ينبه المدين إليها قبل رفع الدعوى بطلبه أيهما وإذا كان برتستو عدم الدفع ورقة رسمية يقوم بإعلانها المحضـر إلى المدين في السـند لإثبات امتناعه عن الدفع وقد نصـت المادة ١٧٤ من قانون التجارة السـابق على أن يعمل هذا البروتســـتو على حســـب الأحوال المقررة فيما يتعلق بأوراق المحضـــرين كما تتطلب المادة ١٧٥ من هذا القانون أن تشمل ورقة البروتستو على التنبيه الرسمية على المدين بدفع قيمة السند فإن البروتســـتو يعتبر اعذاراً للمدين بالمعنى الذي يتطلبه القانون في الإعذار (الطعن رقم ١١١٠ لســـنة ٤٩ق س٣٥ ص٣٩٨ جلســـة ١٩٨٤/٢/٦) ، (الطعن رقم ١١٦٤ لســـنة ٤٨ق س٣٥ ص٦٤٥ جلســـة ١٩٨٤/٣/١٢) ، (الطعنان رقم ٥٢٣ ، ٥٢٤ لســـنة ٢٩ق س١٥ ص ١٠٢٨ جلســـة

١١١٩٦٤/١٢) ، وبأن " يشترط في التنبيه بالوفاء أن يكون بتكليف رسمي على يد محضر فلا يصح بمجرد خطاب ولو كان موصى عليه " (الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٥/١) ، وبأن " إعذار المدين هو وضعه قانوناً في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ، والأصل في الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام ، ومن ثم فلا يعد إعذاراً إعلان المشتري بصحيفة دعوى فسخ البيع لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام " (الطعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥) ، وبأن " الأصل في التشريع المصري أن مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي لاعتبار المدين متأخراً في تنفيذه ، إذ يجب للتنفيذ العيني للالتزام كما يجب للتنفيذ بطريق التعويض إعذار المدين حتى لا يحمل سكوت الدائن محمل التسامح والرضاء الضمنى بتأخير المدين في هذا التنفيذ ، فإذا أراد الدائن أن يستأدي حقه في التنفيذ الذي حل أجله وجب عليه أن يعذر المدين بذلك حتى يضعه من تاريخ هذا الإعلان موضع المتأخر قانوناً في تنفيذ التزامه وتترتب على هذا التأخير نتائجه القانونية ، والأصل أن يكون الإعذار بإنذار على يد محضر يكلف فيه الدائن مدينه بالوفاء بالتزامه ، ويقوم مقام هذا الإنذار كل ورقة رسمية تحمل هذا المضمون ، كما يجوز في المسائل التجارية أن يكون بورقة عرفية أو شفوياً إذا جرى بذلك العرف التجاري ، وفي جميع الأحوال إذا خلا الإعذار من التكليف المشار إليه لم يكن اعذاراً بالمعنى الذي يتطلبه القانون ، فلا يعد إعذار إعلان المدين بصحيفة دعوى الفسخ لإخلاله بتنفيذ أحد التزاماته إلا إذا اشتملت تلك الصحيفة على تكليف بالوفاء بهذا الالتزام " (الطعن رقم ١١١٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٢/٦) ، وبأن " لما كان الإعذار إجراءاً واجباً لاستحقاق التعويض ما لم ينص على غير ذلك – وكان المقصود بالإعذار هو وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه – والأصل في الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه ، ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين بالوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن – لما كان ذلك وكان الإنذاران الموجهان بناء على طلب الدائن – لما كان ذلك وكان الإنذاران الموجهان من الطاعن إلي الشركة المطعون ضدها بتاريخ ١٩٦٩/٤/٧ ، ١٩٧٠/٨/١٩ – والمرفقان بملف الطعن – لم يتضمناً دعوة الطاعن للشركة المطعون ضدها الوفاء بالتزامها بتمكينه من تنفيذ باقي الأعمال المسندة إليه بمبني الحقن والبتومين بالسد العالي – والتي يدعى أن الشركة المطعون ضدها منعته من تنفيذها – وإذ لم تشتمل صحيفة الدعوى – كذلك – على الإعذار بالمعنى الذي يتطلبه القانون وكان عقد المقاولة المحرر عن هذه الأعمال – والمرفق بملف الطعن – قد خلا من النص على الإعفاء من الإعذار – فإن

الحكم المطعون فيه إذا انتهى إلى رفض طلب التعويض لتخلف الإنذاز يكون قد صادف صحيح القانون " (الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٢)

كما قضت بأن " الإعذار هو ضع المدين موضع المتأخر في التنفيذ والأصل في الاعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالالتزام (م ٢١٩ مدني) ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ويسجل عليه لتأخير في تنفيذه على أن تعلن هذه الورقة إلى المدين بناء على طلب الدائن ـ وإذ كان قرار محكمة الأحوال الشخصية بالزام الواصي بإيداع المتبقي في ذمته للقاصر في الميعاد المحدد بهذا القرار ، لا يعدو أن يكون – على ما يستفاد من نص المادة ١٠١٤ من قانون المرافعات – أمراً بإلزام الوصي بالأداء مقرراً حق القاصر في ذمته وقاطعاً للنزاع بشأنه فيما بين الوصي والقاصر ومنشئاً لسند رسمي قابل للتنفيذ الجبري على الوصى المحكوم عليه ، فإن القرار بهذه المثابة لا يتضمن إعذاراً للوصي بالمعنى المقصود بالاعذار الذي تجري من تاريخه الفوائد طبقاً للمادة ٢/٧٠٦ من القانون المدني ذلك لأنه لم يوجه من الدائن أو نائبه ولم يعلن إلى المدين كما أنه مهما كان لمحكمة الأحوال الشخصية من سلطة الإشراف على أموال القاصر فإنه ليس من وظيفتها اتخاذ مثل هذا الإجراء نيابة عنه (نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ س١٧ ص٩٥٥)، وبأن " لا يكفي لترتيب الأثر القانوني للإنذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع قد أنذره مادام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازل فيه مطروحاً بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه لأنه قد يكون حاصلاً قبل الميعاد للوفاء أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض ١٩٤٤/٣/١٦ج١ في ٢٥ سنة ص٢٦٠)

- الإعفاء الاتفاقي من الاعذار : يجوز الاتفاق على عدم لزوم الاعذار ويكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً يستخلصه القاضي من أحكام العقد كان يتفق في عقد التوريد على أن يتم التوريد فوراً أو أن ينص في عقد المقاولة على أنه يجب أن يتم التنفيذ في وقت محدد ، ولكن يجب في الاتفاق الضمني أن يكون غير محل شك فالاتفاق على على تعويض اتفاقي أو النص على حلول باقي الأقساط عند التأخير في أحدها لا يفيد الإعفاء من الإعذار وقد يوجد اتفاق على عدم الاعذار رغم النص في الاتفاق على الإعفاء منه (يراجع في ذلك كله السنهوري بند ٤٦٦ – إسماعيل غانم بند ٢٦٨ – مرقص بند ٥٨٩) .

﴿المـــادة ٢٢٠﴾

" لا ضرورة في اعذار المدين في الحالات الآتية

أ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين

ب- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

جـ - إذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

د- إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه ".

﴿التعليــــق﴾

هذه المادة تقابل من مواد النصـوص العربية المادة ٢٢١ سـوري ، المادة ٢٢٣ ليبي ، المادة ٢٥٨ لبناني .

وقد ورد في هذا النص في المادة ٢٩٨ من المشـروع التمهيدي على الوجه الأتي " لا ضـرورة في اعذار المدين في الحالات الآتية : (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . (ب) إذا كان محل الالتزام تعويضـاً ترتب على عمل غير مشـروع .(ج) إذا كان محل الالتزام رد شـيء يعلم المدين أنه مسـروق أو شـيء تسـلمه دون وهو عالم بذلك .(د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . وفي لجنة المراجعة وضعت كلمة " صرح" بدلاً من كلمة " أعلن" في البند (د) إذا أعلن المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه وأصـــبح رقم المادة ٢٢٧ في المشـــروع النهائي ووافق عليها مجلس النواب وفي لجنة مجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى فأصبحت تجرى على الوجه الآتي : " لا ضـــرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية " وحذفت من البند (أ) عبارة وعلى الأخص إذا كان محل الالتزام ... الخ لأنها تورد تطبيقات يجزي على إيرادها عموماً العبارة وأضـــافت بعد عبارة " غير ممكن في البند (أ) عبارة " غير مجد" حتى يكون النص شاملاً لجميع الصور وأصبح رقم المادة ٢٢٠ ووافق عليها مجلس الشـــيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ٢ ص٥٥٩ – ص٥٢٢) ، وعلى هذا النحو لا يكون ثمة محل للإعذار في الأحوال الآتية : (أ) إذا أصـبح تنفيذ الالتزام مسـتحيلاً بفعل المدين ويراعى اسـتحالة التنفيذ ، ومن جراء سـبب أجنبي ، تسـتبع انقضـاء الالتزام ، وسـقوط المســئولية فتنتفي بذلك على الإعذار ، أما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل فمجرد الإخلال بالتعهد يجعل الإعذار عديم الجدوى .

﴿ الشـــــرح ﴾

- حالات لا ضرورة فيها للإعذار : **هناك حالات لا يلزم فيها الإعذار ، ويعتبر مجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام إشعاراً كافياً للمدين بوجوب تنفيذ التزامه دون حاجة إلى أي إجراء ، وإلا كان مسئولاً عن التعويض** وهذه الحالات هي : أولاً إذا أصـبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل الالتزام .

فلا معنى إذن لإعذار المدين وهذا ما تقضـــي به طبيعة الأشـــياء لأن الإعذار هو دعوة المدين إلى تنفيذ التزامه وقد أصـــبح هذا التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعل فاســـتحق عليه التعويض دون حاجة إلى إعذار ولو كانت اســـتحالة التنفيذ نشـــأت بغير فعل المدين لا تقضـــي الالتزام ولما كان المدين مسـئولاً حتى عن التعويض وتتحقق الحالة التي نحن في صـددها في فروض مختلفة منها أن يكون تنفيذ الالتزام غير مجد إلا في وقت معين فيفوت هذا الوقت دون أن ينفذ المدين التزامه ، كان يلتزم مقاول ببناء مكان في معرض لأحد العارضـين وينتهي العرض قبل أن ينفذ المقاول التزامه كأن يلتزم محام برفع اســـتئناف عن حكم وينتهي ميعاد الاســـتئناف قبل أن يرفعه ومنها أن يكون الالتزام بالامتناع عن عمل ثم بخل المدين بالتزامه ويأتي العمل الممنوع فلا فائدة للإعذار في هذا الفرض إذا أصـــبح التنفيذ العيني غير ممكن ومنها أن يبيع شـــخص من آخر عقاراً ثم يبيعه من ثان ويسجل هذا عقده قبل أن يسجل الأول فيصبح تنفيذ التزام البائع نحو المشتري الأول غير ممكن ومن ثم لا ضـــرورة للإعذار ومنها التزام المؤجر بإجراء إصـــلاحات في العين المؤجرة فما فات من الوقت دون إجراء هذه الإصلاحات مع حاجة العين إليها لا يلزم فيه إعذار على أن يخطر المستأجر المؤجر بحاجة العين إصـطلاحات مجرد إخطار ليس من الضـروري أن يكون في شـكل الإعذار بل لو أخطره شفوياً وله أن يثبت الإطار بجميع الطرق لأنه يعتبر هنا واقعة مادية – فإن هذا يكفي وفي العقود الزمنية أو المستمرة لا ضـرورة للإعذار إذا تأخر المدين عن تنفيذ التزامه الزمني لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن فالتزام شـــركات المياه والنور والغاز بتوريد ما تقوم عليه من مرافق للمستهلكين والتزام المتعهد بتوريد الغذاء لمستشفى أو لمدرسة والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة كل هذه التزامات زمنية إذا أخل بها المدين اســـتحق عليه التعويض ولو قبل الإعذار . (السنهوري ص٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن : لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين ،وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه اعتبر الأخطاء الفنية التي وقع فيها المقاول مما لا يمكن تداركه مفاد ذلك أن الالتزام المترتب على عقد المقاولة قد أصـــبح غير ممكن تنفيذه ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضـى بفسـخ وبالتعويض دون سـبق إعذار المدين بالتنفيذ العيني لا يكون خالف القانون " (الطعن رقم ٤٣١ لسـنة ٣١ق جلسـة ١٩٦٦/٤/٥) وبأن " متى كان الحكم قد انتهى إلى إخلال الطاعن – رب العمل في عقد المقاولة – بالتزامه من جراء تأخره في الحصول على رخصة البناء في الوقت المناسب ، فإن إعذاره لا يكون واجباً على الدائن بعد فوات هذا الوقت إ إذ لا ضرورة للإعذار بنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني إذا أصبح تنفيذ الالتزام غيد مجد بفعل المدين ، وإذا كان الحكم قد قضى بالتعويض المستحق للمطعون عليه دون أن يرد على ما تمسك به الطاعن في دفاعه من ضرر إعذاره في هذه الحالة ، فإنه لا يكون مشوباً بالقصور " (الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣٧ق

جلسة ١٩٧٢/٦/١) ، وبأن النص في المادة ١/٢٢٠ من القانون المدني على أنه " لا ضرورة إعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن وغير مجد بفعل المدين " يدل على أنه لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين مما مؤداه أنه إذا التزم البائع بتسليم في ميعاد معين ، وكان موضع اعتبار المتعاقدين – فإن تأخيره في تنفيذ الالتزام عن الموعد المحدد يستوجب مساءلته قبل المشتري بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت به من جراء هذا التأخير حتى ولو كان التسليم قد تم فيما بعد وذلك لوقوع الإخلال به في حينه وتحقق الضرر فعلاً نتيجة له بما لا يجدي تداركه أو جبره بالتسليم اللاحق وهو ما يضحي معه تنفيذ الالتزام في شقه المتعلق بالتسليم في الميعاد المحدد غير ممكن بفعل المدين ، بما لا ضرورة معه لإعذاره (الطعن رقم ٢١٩١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١١) ، وبأن " المقصود بالإعذار هو وضع المدين في مركز الطرف المتأخر عن تنفيذ التزامه ومن ثم فلا موجب له وفقاً للمادة ٢٢٠ من القانون المدني بعد أن أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل الطاعن المدين (الطعن رقم ٢٠٩٢ س٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣٦/٦) ، وبأن مفاد نص المادتين ٢١٨ ، ١/٢٢٠ من القانون المدني أنه ولئن كان التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك إلا أنه لا ضرورة لهذا الإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين لما كان ذلك وكان الثابت من عقد تركيب واستعمال التليفون وكانت طبيعة هذا الالتزام تقتضي أن تتخذ الهيئة الطاعنة ما يلزم من الأعمال الفنية لإصلاح هذا الخط في الوقت المناسب وفور اخطار المشترك بالعطل حتى تمكنه من استعماله بما يحقق له الغرض الذي هدف إليه من التعاقد ومن ثم فإن تأخير الهيئة الطاعنة في تحقيق الاتصال التليفوني في الوقت المناسب من شأنه أن يرتب مسئوليتها عن إخلالها بهذا الالتزام ولا يكون إعذارها واجباً بعد فوات هذا الوقت ولا على الحكم المطعون فيه إن التفت عن دفاع الطاعنة بشأن هذا الإعذار ولم يرد عليه (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢) ، (الطعن رقم ١٥٥٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦) ، وبأن " طبقاً لنص المادة ٢٢٠ من القانون المدني لا ضرورة لإعذار المدين إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أورد بمدوناته بأن مسئولية المصرف الطاعن قد تحققت ووقع الضرر بعدم صرف الشيك عند تقديمه للبنك ومن ثم فلا جدوى في الإعذار فإن الحكم لا يكون بذلك قد خالف القانون ويكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس " (الطعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٩٤ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠) ، وبأن " القانون وإن نص على أن التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو بجزء منه أو المترتبة على تأخير الوفاء لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد تكليفاً رسمياً بالوفاء إلا أنه متى كان ثابتاً أن الوفاء أصبح متعذراً أو كان المتعهد قد أعلن إصراره على عدم الوفاء ففي هذه الأحوال وأمثالها لا يكون

للتنبيه من مقتض وإذن فإذا أثبت الحكم أن المتعهد قد بد منه عدم الوفاء بما تعهد به وأظهر للدائن رغبته في ذلك فإنه إذا قضـــى للدائن بالتعويض الذي طلبه من غير أن يكون قد نبه على المدين بالوفاء تنبيها رسمياً لا يكون قد خالف القانون في شئ نقض ١٩٤١/٥/٢٢ طعن رقم ١٣ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥)

ثانياً : إذا كان محل الالتزام تعويضـــاً ترتب على عمل غير مشـــروع : العمل غير المشروع أو الخطأ التقصيري هو إخلال بالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فتتحقق مسئولية المدين فور هذا الإخلال ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه عيناً غير ممكن إذ يكون الضـــرر قد تحقق ومن ثم فلا جدوى من الإعذار الذي هو دعوى للمدين لتنفيذ التزامه والعبرة بالتكييف الصحيح للمسئولية فإن إستند الدائن إلى المسئولية العقدية وكان التكييف الصحيح يدل على أنها تقصيرية فإن الاعذار لا يكون واجباً (أنور طلبة ص٢٧٣)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم قد قضـى باسـتحقاق المؤجر للتعويض مقابل حرمانه من منفعة أرضه في المدة التالية لانتهاء الاجارة استناداً إلى استمرار المستأجر في الانتفاع بهذه الارض بغير رضا المؤجر الأمر الذي يعد غصباً فلا صح النعي عليه بأنه نقد قضى بالتعويض دون تكليف رسمي إذ هي مسئولية تقصيرية لا يلزم لاستحقاق التعويض عنها التكليف بالوفاء (الطعن رقم ٤٧ لســنة ١٨ق جلســة ١٩٤٩/١٢/١٥) ، وبأن " مادام الحكم قد أقام مســئولية المحكوم عليه بالتعويض على كلا الاساسين : العقد والفعل الضـار فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدني التي تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً إذ هذه المادة لا تنطبق على المســئولية عن الأفعال الضــارة وإذ أن الاعذار الذي تنص عليه غير لازم في حالة المسئولية العقدية عند الاخلال بالتزام سلبي (الطعن رقم ١١٩ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٨/١/١)

ثالثاً : إذا كان محل الالتزام رد شـئ مسـروق : من الحالات التي لا ضـرورة فيها للإعذار حالة ما إذا كان محل الالتزام رد شئ مسروق ، وقد قصد المشرع من ذلك حرمان المدين سئ النية من الاعذار .

وقد قضت محكمة النقض بأن " من يشتري المسروق مع علمه بحقيقة الأمر يكون مسئولاً مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذي أصاب المجني عليه ولو أنه يعد في القانون مخفياً لا سـارق ،وذلك على أسـاس أن كلاً منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صـاحبه (نقض جنائي ١٩٤٢/١١/١٦ ج٢ في ٢٥سنة ص٦٢١)

رابعاً : إذا صـــرح المدين كتابة بعدم القيام بالتزامه : **الاعذار هو دعوة للمدين لتنفيذ التزامه ولذلك إذا بادر المدين وصـرح كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه فإن الاعذار في هذه الحالة يكون لغواً لا جدوى منه وتلزم الكتابة لتوافر هذه الحالة ومن ثم فلا يكفي أن يعلن المدين شـفاهة أنه لا يريد القيام بالتزامه فليس للدائن إثبات ذلك بأقوال الشـــهود وإنما يجوز له هذا الإثبات بالإقرار أو إذا نكل المدين عن اليمين التي يوجهها له بأنه لم يعلن عن رغبته في عدم القيام بالتزامه (أنور طلبة ص٢٧١) ، وبأن " على أنه يجب أن يلاحظ أن الكتابة في هذه الحالة لا يقتصـــر دورها على مجرد إثبات واقعة التصريح ، بل لقد قصد بها أيضاً إثبات جديته ، فقد يندفع المدين في ظرف من الظروف إلى التصريح شفوياً بأنه لن ينفذ التزامه دون أن تكون لهذا التصريح جدية كافية بل قد يكون واضحاً من الظروف أنه لا يتضمن إصراراً حقيقياً على عدم التنفيذ ولذلك لا يكفي أن يقدر المدين بواقعة التصريح ، بل أن يقر بأن الظروف التي وقع فيها كانت تدل على جديته ، كما يجب أن تصـــاغ اليمين الموجهة إلى المدين صياغة تبرز توافر الجدية في تصريحه الشفوي (اسماعيل غانم ص١٠١) ، ويلاحظ أن تصريح المدين كتابة بعزمه على عدم تنفيذ التزامه لا ينسحب على الفترة السابقة على هذا التصريح ، فإذا كان المدين متأخراً في التنفيذ وقت هذا التصـــريح ولم يكن الدائن قد أعذره فإنه يكون غير معذر طوال الفترة السابقة ولا يصبر معذراً إلا ابتداء من تاريخ هذا التصريح ، فإذا عدل عن عزمه بعد ذلك ونفذ التزامه ، لم يكن مســـئولاً إلا عن التأخير التالي للتصـــرف ولا مســـئولية عليه فيما قبل ذلك (عزمي البكري ص٦٤٥) .**

وقد قضـت محكمة النقض بأن " متى كان الطاعن قد أعلن المطعون ضـده باعتبار العقد مفســوخاً من جهته ، وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا الإعلان أن المطعون ضـــده لم يكن بحاجة إلى اعذار الطاعن قبل المطالبة بالتعويض باعتبار أن الطاعن قد صـــرح بهذا الإعلان أن لا يريد القيام بالتزامه فإن الحكم يكون قد التزم القانون " (طعن رقم ٢٢٢ لسـنة ٣٣ق جلسـة ١٩٦٧/٢/١٤)، وبأن " القانون لا يتطلب إعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصـــراره على عدم الوفاء واستخلاص هذا الإصرار من الدليل المقام لإثبات حصوله هو مسألة موضوعية لا سلطان فيها لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض ١٥/٥/١٩٤٧ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٦٠) ، وبأن " وأن كان يتعين لكي تقضـــي المحكمة بفسـخ عقد البيع تحقيقاً للشـرط الفاسـخ الضـمني أن ينبه البائع على المشـتري بالوفاء تنبيهاً رســمياً إلا أن محل ذلك ألا يكون المشـتري قد صـرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه فإذا كان المشتري قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسـداده وصمم على ذلك لحين الفصل في

الدعوى فلا يكون هناك حاجة – لكي يصح الحكم بالفسخ – إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفاء الثمن المستحق (الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

- حالات وردت في نصوص متفرقة : من هذه الحالات ما تنص عليه المادة ١٩٥ مدني الواردة في الفضالة من أنه : يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولي أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته " فقد جعل النص فوائد التأخير تسري على المبالغ التي يستند الفضولى ردها إليه مقابل ما انفقه في مصلحة رب العمل من وقت انفاقه أياها أي من وقت نشوء الالتزام بها في ذمة رب العمل لا وقت اعذاره الأخير بدفعها أو من وقت مطالبته قضائياً بدفع فوائد عنها ، وما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني من أن " لاحق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشتري إذا سلم الشئ المبيع وكان الشئ قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، هذا إذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره " أيضاً ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٠٦ مدني الواردة في باب الوكالة من أنه " وعليه (الوكيل) فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه (الموكل) من وقت استحقاقها وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر " وكذا المادة ٧١٠ مدني التي تنص على أن " على الموكل يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد مع وقت الانفاق وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة ، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها في شئون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك "كذلك ما تنص عليه المادة ٢٢٦ مدني من أن " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " فهذا النص بعد استثناء من القاعدة العامة في استحقاق التعويض من وقت الإعذار ، فالنص حدد الطريقة التي يتم بها إعذار المدين فيما يتعلق على الأقل بأحد آثار الإعذار وهو الخاص بسريان فوائد التأخير ، ففرض أن يكون ذلك بالمطالبة القضائية بالفوائد المذكورة .

وقد قضت محكمة النقض بأن " القانون لا يتطلب اعذار الملتزم متى كان قد أعلن إصراره على عدم الوفاء " (١٩٤٧/٥/١٥ م ق م – ١١– ٢٦٠) وبأنه " تلزم المادة ٢/٧٠٦ من القانون

المدني الحالي المقابلة للمادة ٥٢٦ من القانون الملغي ، الوكيل – والوصـــي يأخذ حكمه – بفوائد ما تبقى في ذمته من تاريخ اعذاره وقد بينت المادة ٢٢٠ من القانون المدني الحالات التي لا يلزم فيها الاعذار وليس من بينها الحالة المنصوص عليها في المادة ٤٣ من القانون رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على المال التي تفرض على الوصـي ايداع المبالغ التي يحصـلها لحسـاب القاصـر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تحصيلها " (١٩٦٦/٤/٢٧ –م نقض م –١٧ –٩٥٥)

﴿ الـمـــــادة ٢٢١ ﴾

"١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون ، فالقاضـــي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسـارة وما فاته من كسـب بشـرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به ، ويعتبر الضـــرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول .

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصــدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشـاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية المادة ١/٢٢٢سـوري ، المادة ١/٢٢٤ ليبي ، المادة ٢٠٧ عراقي ، والمواد ١٣٤ و٢٦١ لبناني .

و جاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي بأنه **" إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد (الشـــرط الجزئي) أو مقدار بنص القانون (الفوائد) تولى القاضـي تقديره ويناط هذا التقصير ، كما هو الشأن في المسـئولية التقصـيرية ، بعنصـرين قوامهما ما لحق الدائن من خسـارة وما فاته من كسـب ، ويشـترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير فيه ، سواء كان أساسه فوات هذا الكسب أو تحقق تلك الخسارة ... وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينة تبعة الخطأ ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون قبل بتوقيه وهذا هو المقصـود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام ويكون للمسـئولية التعاقدية في حالتي الغش والخطأ الجسـيم حكم المسئولية التقصـيرية أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردها بل يشـــترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ويراعى في هذا الصـدد أن توقع المتعاقدين للضـرر الواجب تعويضـه يجب ألا يقتصـر على مصــدر هذا الضـــرر ســببه بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه ، وقد جاء عنها بتقرير اللجنة التشـريعية بمجلس النواب تفسـيراً لجملة يعتبر الضـرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في اسـتطاعة الدائن " وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضـع للقاضـي معياراً يسـترشـد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم**

الوفاء وهي في الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار الذي نصـــت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معيارا أخر إذا رأى ذلك " .

﴿ الشـــــرح ﴾

- عناصـر التعويض : الذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضـي وقد نصـت الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من التقنين المدني على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشـمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في اسـتطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول " وواضـح من النص أن للتعويض عنصرين : ما أصاب الدائن الخسارة وما ضاع عليه من الكسب . فالقاضي إذن في تقديره للتعويض – سـواء كان التعويض عن عدم التنفيذ أم عن التأخير في التنفيذ – يدخل في حسابه هذين العنصرين ، فيقدر أولاً ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسـبب تأخره في هذا التنفيذ ثم يقدر بعد ذلك ما فات الدائن من كسـب ومجموع هذين هو التعويض (السـنهوري ص٧٦٠) ، فالمدين الذي لا يقوم بتنفيذ التزامه عن تسـليم بضـاعة تعهد تسليمها للدائن بدفع تعويضاً عما أصاب الدائن من خسارة بسبب إضراره لشراء هذه البضاعة بثمن أعلى وعما ضـاع عليه من ربح بسـبب فوات صـفقة رابحة ثبت له أنه كان يعقدها لو قام المدين بتنفيذ التزامه وسلمه البضاعة في الميعاد المتفق عليه .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض قسيمان متكافئان قدراً ومتحدان موضوعاً يندرج كل منهما في الأخر فإذا كان الدائن قد طلب رد المال عيناًُ وثبت للقاضـي أن ذلك غير ممكن أو فيه إرهاف للمدين فلا عليه إن حكم بتعويض يراعى في مقداره قيمة المال وقت الحكم وما لحق الدائن من خســارة وما فاته من كسـب دون أن يعد ذلك من قضـاء بما لم يطلبه الخصـوم (الطعن رقم ١٢٢٨ لسـنة ٦٧ق جلسـة ٢٠٠١/٦/٢٤ هيئة عامة) ، وبأنه " مسـئولية الناقل تتمثل في أن يسـلم البضـاعة إلى المرسـل إليه في ميناء الوصـول طبقاً للبيان الوارد بشـأنها في سـند الشـحن وأن يلزم بتعويض المرسـل إليه عما لحقه من خســارة وما فاته من كسـب طبقاً لما يتوقعه الشـخص العادي (مجموعة أحكام النقض لسـنة ٢١ ص٥٣٨ جلسـة ١٩٧٠/٣/٣١) ، وبأنه " متى كان الحكم إذا قضـى بتعويض الطاعنة قد أدمج مقابل ما فاتها من منفعة الأرض المؤجرة لها من المطعون عليه الثاني بسـبب ما حصـل لها من التعرض ضـمن عناصـر التعويض المقضـي به على المطعون عليها الأولى التي ثبت حصـول التعرض من تابعيها فإنه لا يكون قد خالف القانون ولا تثريب على محكمة الموضــوع أن هي قصــرت تعويض الطاعنة عن فوات منفعتها بالأرض المؤجرة على الأجرة في المدة التي اســتمر فيها التعرض دون الأجرة المســتحقة عن الإجارة كاملة إذ هي لم تجاوز سلطاتها الموضوعية في تقدير الضـرر " (الطعن رقم ١٥٢ لسنة ١٩ق

جلسة ١٩٥١/٤/١٩) ، وبأنه " لما كان التعويض في المسئولية التقصيرية يشمل ضرر مباشر متوقعاً كان هذا الضـرر أو غير كتوقع والضـرر المباشـر وفقاً للمادة ١/٢٢١ من القانون المدني عنصـرين أساسين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في تقدير التعويض على البضاعة حسب فواتير الشراء مغفلاً في تقديره عنصر أساسياً من عناصر الضرر المباشر هو ما عساه أن يكون قد الوزارة الطاعنة من كسب فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ تطبيقه " (الطعن رقم ٤٢٣ لسـنة ٣٩ق جلسـة ١٩٧٤/١١/١١) ، وبأنه " لما كانت مسـئولية أمين النقل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مسئولية تعاقدية ناتجة عن إخلاله بواجبه في تنفيذ عقد النقل ومن ثم طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني بتعويض الشاحن عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ما لم يتفق على إعفائه من المسئولية أو تخفيفها وفقاً لنص المادة ٢١٧ من القانون المشار إليه " (الطعن رقم ٧٣٥ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٩)

ويتحمل الدائن عبء إثبات العنصـرين ويكون له ذلك بكافة طرق الإثبات ولا يلزم أن يتحقق العنصـران فقد يتحقق أحدهما فقط فيكون هو السبيل لتقدير التعويض فإن انتفى العنصـران بأن يكون الدائن لم تلحقه خسارة ولم يفته كسب ، فلا يستحق تعويضاً (أنور طلبه ص٢١٨)

- اقتصار التعويض على الضرر المباشر : تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه " .. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسـارة وما فاته كسـب بشـرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . فالضـرر الذي يلتزم المدين بالتعويض عنه هو ذلك الضـرر الذي يعتبر نتيجة مباشـرة الوفاء أو التأخير فيه وهو ما يطلق عليه الضـرر المباشـر ، أما الضـرر غير المباشـر فلا يلزم المدين بتعويضـه وعرفت المادة الضـرر المباشـر بأنه الضـرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (عزمي البكري ص٦٥٤) ، ولكن الصـحيح هو ضـرورة الرجوع في هذا الصـدد إلى رابطة السببية بين الخطأ والضـرر فلا يكون الضـرر مباشـر إلا إذا كان نتيجة ضـرورية أو محققة للواقعة التي لحقها وصف الخطأ ، فالمصاب الذي ينقل إلى المستشفى فتنتقل إليه عدوى مجهولة المصـدر بمرض يؤدي بحياته لا يمكن القول بأن هذه الوفاة تعتبر ضـرراً مباشـراً للإصـابة رغم أن المريض لم يكن في وسـعه أن يتوقاها أما إذا ثبت أن الدائن كان في وسـعه أن يتوقى الضـرر الذي بذل جهد معقولاً فإن ذلك يقطع في اعتبار الضـرر غير مباشـر لأنه يرجع في هذه الحالة إلى خطأ الدائن " (يراجع جمال زكي بند ٢٧٦) ، ويلاحظ في النهاية أن قصـر التعويض على الأضـرار المباشـرة دون الأضـرار غير المباشـرة على النحو المتقدم هو مبدأ عام في نوعي المسـئولية ، أي

سواء كانت مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، وتكييف الضرر بأنه مباشر مسألة قانونية إذ يتوقف عليه قيام ركن من أركان المسئولية واستحقاق التعويض عن الضرر أو عدمه (سليمان مرقص ص١٣١- إسماعيل غانم ص٨٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه هو سبيل تقدير ما يستحقه المطعون ضده من تعويض اتبع المعايير التي تتطلبها المسئولية العقدية وكان تقدير التعويض على هذا الأساس أخف منه على أساس المسئولية التقصيرية ذلك أنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المباشر متوقع الحصول أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقعاً وكان الطاعن لم يبين وجه تضرره خطأ الحكم في تقدير التعويض الذي ألزمه به على أساس المساءلة العقدية دون التقصيرية فإن هذا النعي – بفرض صحته – يكون غير منتج إذ لا يتحقق به للطاعن إلا مصلحة نظرية بحتة لا تصلح أساساً للطعن " (الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١) وبأنه " إذا كان المدين في المسئولية العقدية يلزم لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني بتعويض الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة ، وقت التعاقد ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا الضرر الموجب للتعويض هو الذي كان محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقعه في المستقبل حتماً " (الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٤٤/١٢/٤) وبأنه " البين من نصوص المواد ١٧٠، ٢٢١، ٢٢٢ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن الأصل في المساءلة المدنية أن التعويض عموماً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ، ويستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي على أن يراعى القاضي في تقدير التعويض الظروف الملابسة للمضرور ، وتقدير الضرر ومراعاة الظروف الملابسة للمضرور ، وتقدير الضرر ومراعاة الظروف الملابسة عند تقدير التعويض الجابر له مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله " (الطعن رقم ٩٣٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/١٢) وبأنه " المدين في المسئولية العقدية يلزم طبقاً لنص المادة ١/٢٢١، ٢ من القانون بتعويض الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ويشمل تعويض الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا الضرر الموجب للتعويض هو ما كان محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه هو بسبيل تقدير ما يستحقها لمطعون عليه من تعويض اتبع المعايير المترتبة على إخلال المدين بالتزاماته التعاقدية فقضى للمطعون عليه بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المباشرة التي لحقت به والتي كانت متوقعة وقت تعاقده معه واستبعد التعويض عن الأضرار غير المباشرة والتي لا محل لمساءلة الطاعنة

عنها بعد أن استبعد الحكم وقوع غش أو خطأ جسيم منها في تنفيذ العقد المبرم بينهما ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه قد التزم صحيح القانون في استخلاص الضرر " (الطعن رقم ١٥٥٦ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٦)

كما قضت محكمة النقض بأن " إذا كانت مسئولية المطعون عليها (شركة نقل جوي) عن الضرر الذي يلحق الطاعن بسبب تأخير وصوله عن الوعد المحدد لإبرام صفقة في بلد أجنبي لا تقوم إلا إذا نشأ الضرر عن هذا الخطأ وكان قضاء الحكم في نفي ركن الضرر سليماً بما لا حاجة معه إلى التحقق مما إتمام التعاقد بشأن هذه الصفقة وقيام المسئولية في جانب من كانت ستبرم الصفقة معه عن نكوله عنها فإن ما أورده الحكم في ذلك غير منتج " (مجموعة الأعمال التحضيرية لسنة ١٨ص ١٣٨٦) وبأنه " لما كانت محكمة النقض قد قضت بتاريخ ١٩٦٨/١٢/٣١ في الطلب رقم ٨ لسنة ٣٣ق (رجال القضاء) بإلغاء القرار الجمهوري المشار إليه فيما تضمنه من تخطي مورث الطالبة إلى درجة المستشار فإن وزارة العدل إذا أغفلت ترقيته بالقرار المذكور إلى هذه الوظيفة تكون قد ارتكبت خطأ وإذا ترتب على هذا ضرر مادي لحق مورث الطالبة يتمثل في عدم قبضه لحقوقه المالية في مواعيد استحقاقها وخصم ضرائب تزيد عما كان يجب أن تخصم منه في الأصل وإذ تقدر هذه المحكمة من واقع ما هو ثابت بالأوراق التعويض الجابر لهذا الضرر المادي بمبلغ ٦٠٠ جنيه ، فإنه يتعين القضاء بإلزام وزارة العدل بأن تدفع للطالب المبلغ المذكور " (مجموعة محكمة النقض لسنة ٢٧ ص١١٣ جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٢) ، وبأن "الوالد ملتزم بحكم القانون بالإنفاق على أولاده في سبيل رعايتهم وإحسان تربيتهم فلا يصح اعتبار ما ينفقه في هذا السبيل خسارة تستوجب التعويض ولما كان ما أنفقه الطاعن الأول على والده المجنى هو من قبيل الواجب المفروض عليه قانوناً فلا يجوز له أن يطالب بتعويض عنه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ التزم في قضائه هذا النظر يكون قد أصاب صحيح القانون " (الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦)وبأنه" المدين في المسئولية العقدية يلزم طبقاً للمادة ٢٢١ من القانون المدني بتعويض الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ويشمل تعويض الضرر ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب هو يكون كذلك إذا كان قد وقع بالفعل أو كان وقوعه في المستقبل حتمياً كما أن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة "(الطعن رقم ١٦٤٥ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٦)وبأنه " تقدير التعويض يعتبر مسائل من مسائل الواقع التي يلتزم فيها قاضي الموضوع إلا بإيضاح عناصر الضرر الذي من أجله قضى بالتعويض وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت إخلال الهيئة الطاعنة – هيئة التليفونات – بالتزاماتها العقدية بما يوجب

مسئوليتها فألزمها بتعويض الأضرار التي لحقت بالمطعون عليه من جراء هذا الخطأ والمتمثلة في أدائه للاشتراك دون مقابل وتعذر الاتصال به كطبيب يحتاج في تعامله مع مرضاه للاتصال التليفوني في كل وقت من الأوقات وإذا كانت هذه الأضرار لا تخرج عن كونها أضراراً مادية مباشرة متوقعة ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد بين عناصر الضرر الذي قضى بالتعويض عنه ولا يعيبه بعد ذلك أن قدر التعويض جملة" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٢)

- اختصار التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع : تنص الفقرة الثانية من ٢٢١ على أنه " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسيماً بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " فإذا كان الالتزام مصدره العقد ، أي كانت المسئولية عقدية فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد وهو ما عبر عنه النص بقوله " إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد " والمقصود بالضرر المتوقع هو الضرر الذي يتوقعه وقت التعاقد الرجل المعتاد إذا وضع في مثل الظروف الظاهرة للمدين ولا يكفي أن يكون متوقعاً في سببه وإنما يتعين أن يكون متوقعاً أيضاً في مقداره ومداه .

وقد قضت محكمة النقض بأن "المدين في المسئولية العقدية لا يلزم في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وذلك عملاً بالمادة ١/٢٢١ من القانون المدني ، والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي ، بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات " (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٣/٣١)وبأنه " المدين في المسئولية العقدية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يلزم طبقاً لنص المادة ١/٢٢١ من القانون المدني بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد وهو يقاس بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي ، بالضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات ، وهذا الضرر الموجب للتعرض هو ما كان محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً " (الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩) وبأنه " يجب لاعتبار الضرر متوقعاً أن يتوقعه الشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد ولا يمكن للناقل العادي أن يتوقع مقدار الكسب الذي قد يفوت على الطاعنة (وزارة التموين) نتيجة فرضها السعر الجبري في حالة تلف البضاعة أو فقدها لأنه لا يستطيع الإلمام بالأسعار الجبرية التي تفرض في البلاد التي يرسل إليها سفينة وما يطرأ عليها من تغيير لما كان ذلك فإن الناقل لا يكون مسئولاً عن فوات هذا الكسب المحدد بسعر جبري ، وإنما يسأل

فقط عما فات الطاعنة من كسب بزيادة سعر البضاعة التالفة أو الفاقدة في السوق الحرة في ميناء الوصول على سعر شرائها " (طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٢/٤) وبأنه " يجب لاعتبار الضرر متوقعاً أن يتوقعه الشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب بل يجب أيضاً توقع مقداره ومداه ، وإذا كان لا يمكن للناقل العادي أن يتوقع مقدار الكسب الذي قد يفوت على الطاعنة (وزارة التموين) نتيجة فرضها السعر الجبري في حالة تلف البضاعة أو فقدها لأنه لا يستطيع الإلمام بالأسعار الجبرية التي تفرض في البلاد التي يرسل إليها سفينة وما يطرأ عليها من تغيير لما كان ذلك فإن الناقل لا يكون مسئولاً عن فوات هذا الكسب المحدد بسعر جبري ، وإنما يسأل فقط عما فات الطاعنة من كسب بزيادة سعر البضاعة التالفة أو الفاقدة في السوق الحرة في ميناء الوصول على سعر شرائها ، ولا يحول دون معرفة ما تساويه البضاعة الفاقدة فعلاً في السوق الحرة في ميناء الوصول وجود سعر جبري للبن في هذا الميناء ، إذا في الإمكان تحديد هذه القيمة بالاستهداء بقيمة البضاعة في ميناء قريب لميناء الوصول به سوق حرة للبن ، وتماثل ظروفه ميناء الوصول ، مع ملاحظة أن الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثبات الضرر الذي يدعيه ومن ثم يجب للقضاء له بالتعويض عما فاته من كسب أن يثبت أن سعر البن في السوق الحرة في ميناء الوصول كان يزيد عن سعر شرائه له ، وإذا اقتصر الحكم المطعون فيه في تقدير التعويض على ما لحق الطاعنة من خسارة وأغفل بحث ما يكون قد فاتها من كسب إذا ثبت أن سعر البن في ميناء الوصول كان يزيد على سعر شرائها له ، فإنه يكون مخطئاً في القانون ومشوباً بالقصور " (الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٧) وبأنه " تقدير التعويض – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أساس المسئولية العقدية أخف منه على أساس المسئولية التقصيرية ، إذ أنه طبقاً لنص المادة ٢٢١ من القانون المدني يقتصر التعويض في المسئولية العقدية – في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم – على الضرر المباشر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، أما في المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، والضرر المباشر هو ما يكون نتيجة طبيعية لخطأ المسئول إذا لم يكن في الاستطاعة توقعه ببذل جهد معقول ، ويقاس الضرر المتوقع بمعيار موضوعي لا بمعيار شخصي بمعنى أنه ذلك الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين وقت التعاقد ، ولا يكفي توقع سبب الضرر فحسب بل يجب توقع مقداره ومداه " (الطعن رقم ٣٩٥٦ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨)

- يجب أن يكون الضرر الموجب للتعويض محققاً ولو كان مستقبلاً ولكن لا يكفي أن يكون احتمالياً ، وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن " إن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون ضرراً محققاً بمعنى أن يكون قد وقع أو أنه سيقع حتماً أما الضرر الاحتمالي الغير محقق

الوقوع فإن التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلاً وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتعويض للمطعون ضدهم على أساس أن الطاعن مازال تحت يده حكم المديونية رغم الوفاء ويستطيع التنفيذ به على أموالهم إذا وجد لديهم ما يمكن التنفيذ عليه وكان ذلك التنفيذ الذي جعله الحكم مناط للضرر المحكوم بالتعويض عنه غير محقق الحصول فإن الضرر الناشئ عنه يكون ضرراً احتمالياً لا يصح التعويض عنه وبالتالي فإن قضاء الحكم بالتعويض عن هذا الضرر يكون مخالفاً للقانون" (الطعن رقم ٢٥ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣) وبأنه " التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت – في حدود سلطتها التقديرية – إلى أن هدم المبنى أمر محتم ولا محيص من وقوعه فإنه إذا قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم لا تكون قد قدرته عن ضرر حال وإنما عن ضرر مستقل محقق الوقوع" (الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٠، الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٢/٨) وبأنه " التعويض كما يكون عن ضرر حال فإنه يكون أيضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت – في حدود سلطتها التقديرية – إلى أن هدم المبني أمر محتم ولا محيص من وقوعه فإنها إذا قدرت التعويض المستحق للمطعون ضدها على أساس وقوع هذا الهدم لا تكون قد قدرته عن ضرر احتمالي وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع " (مجموعة محكمة النقض لسنة ١٦ ص٧٣٦) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه لم يدخل عنصر الضرر المستقبل عن وفاة الولدين في تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه في أسبابه وإذ يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع ، وكان يجوز لمحكمة الموضوع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن تقضي بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي حاقت بالمضرور ، إلا أن ذلك مشروطا بأن يبين عناصر الضرر الذي قضت من أجله بهذا التعويض وأن يناقش كل عنصر منها على حدة ويبين وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته وإذ أغفل الحكم المطعون فيه بيان ذلك كله فإنه يكون معيبا بالقصور " (الطعن رقم ٦٠٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٤/٦) وبأنه " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المستقبل حتميا فإن أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا آخر فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضررا أصابه " (الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧) وبأنه " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققا بأن يكون قد وقع بالفعل أو كون وقوعه في المستقبل حتميا ، فإن أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ما أصاب شخصا آخر ، فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضررا أصابه ، العبرة في تحقيق الضرر المادي

للشخص الذي يدعيه نتيجة وفاة آخر هو أن يثبت أن المتوفى كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة فعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضي له بالتعويض على هذا الأساس ، أما احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض" (الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣ ، وبنفس المعنى ١٩٧٩/٣/٢٧ في الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ق) وبأنه " تقدير التعويض هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، ما لم ينص القانون على وجوب اتباع معايير معينة في هذا الخصوص ، وأنه وإن كان القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت باعتباره من عناصر التعويض ، ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون للأمل أسباب مقبولة " (جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ مجموعة محكمة النقض س٢٢ ص٨٢٨) وبأنه " لا يعيب الحكم أنه فيما قرر استبعاده من عناصر الضرر لم يدخل في اعتباره حرمان الطاعن من مكافآت الدروس الخصوصية والندب والمراقبة في الامتحانات ، طالما أن نظره في هذا الخصوص بنى كما هو مفهوم من أسبابه على أن الضرر الذي يدعيه الطاعن في هذا الصدد هو ضرر احتمالي وليس بضرر محقق الوقوع " (جلسة ١٩٥٩/١٢/٣ مجموعة محكمة النقض س١٠ ص٥٠)

- إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمراً محقق ، فقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة وإذا كان الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى وصف تفويت الفرصة على الطاعنين في رعاية ابنهما لهما في شيخوختهما بأنها احتمال فخلط بذلك بين الرعاية المرجوة من الابن لأبويه وهي أمخر احتمالي وبين تفويت الأمل في هذه الرعاية وهي أمر محقق ولما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن الأول قد بلغ سن الشيخوخة وأنه أحيل إلى المعاش قبل فوات خمسة أشهر على فقد ابنه الذي كان طالباً في الثانوية العامة وبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً الأمر الذي يبعث الأمل عند أبويه في أن يستظلا برعايته ، وإذا افتقده فقد فاتت فرصتهما بضياع أملهما فإن الحكم المطعون فيه إذا استبعد هذا العنصر عند تقدير التعويض يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٨٦٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٦) وبأنه " للمحكمة أن تدخل في عناصر التعويض ما ضاع على المطعون ضده من مرتبات وعلاوات لو أنه بقى في الخدمة إلى سن الستين ذلك أنه وإن كان المرتب مقابل العمل الذي يؤديه الموظف وقد حيل بينه وبين أدائه بالفصل إلا إن ذلك لا يمنع المحكمة من أن تقدر له تعويضاً عن حرمانه من راتبه طوال مدة الفصل كما أن القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما قات المطعون ضده من فرص الترقي وما كان سيحصل عليه من معاش وذلك أن تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق قبل انتهاء مدة خدمته عنصر من عناصر الضرر الذي يجب النظر في

تعويض الموظف عنه لأن الفرصـــة إذا كانت أمراًَ محتملاً فإن تفويتها أمر محقق ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت وهو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة "(نقض م –١٨ – ٣٧٣ جلسة ١٩٦٧/٢/١٦) وبأنه " ليس في القانون ما يمنع من أن يدخل في عناصـــر التعويض ما كان للمضـــرور من رجحان كسـب فوته عليه العمل غير المشـروع ذلك إذا كانت الفرصـة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه " (مجموعة محكمة النقض س١٦ ص٥٢٧ جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩)

- الضـــرر المادي مناط التعويض : يشـــترط للحكم بالتعويض عن الضـــرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأن يكون الضرر محققاً بأن يقع بالفعل أو بأن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً .

وقد قضت محكمة النقض بأن " يشترط في التعويض عن الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضـرور وأن يكون الضـرر محققاً بأن يكون وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المسـتقبل ، فإن أصـاب الضـرر شـخصـاً بالتبعية عن طريق ضـرر أصـاب أخر فلا بد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصـلحة مالية مشروعة ترتب على الإخلال بها ضرر أصابه ، والعبرة في تحقيق الضرر المادي الذي يدعيه نتيجة وفاة أخر هي ثبوت أن المتوفي كان يعوله وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضـي ما ضـاع على المضـرور من فرصـة بفقد عائلة ويقضـي له بالتعويض على هذا الأســاس ، أما احتمال وقوع الضــرر في المســتقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض" (الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٣) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التعويض الموروث مسـتقل عن التعويض الذي يلحق المضـرور الوارث شـخصـياً" (الطعن رقم ١٤٩٢ لسـنة ٥٢ق جلسـة ١٩٨٣/٣/١٣) وبأنه " إذا تسـبب وفاة المجني عليه عن فعل ضـــار من الغير فإن هذا الفعل لابد أن يسبق المورث ولو بلحظة مهما قصرت كما يسبق كل سبب نتيجته وفي هذه اللحظة يكون المجني عليه مازال أهلاً لكسب الحقوق ومن بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر ويتفاقم ومتى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم بالتالي مطالبة المسئول بجبر الضرر المادي الذي سببه لمورثهم لا من الجروح باعتبارها مضاعفاتها ولئن كان الموت حقاً على كل إنسـان إلا أن التعجيل به إذا حصـل بفعل فاعل يلحق بالمجني عليه ضـرراً مادياً محققاً إذ يترتب عليه فوق الآلام الجســيمة التي تصـــاحبه حرمان المجني عليه من الحياة وهي أغلى ما يمتلكه الإنسان باعتبارها مصدر طاقته وتفكيره والقول بامتناع الحق في التعويض على المجني عليه الذي يموت عقب الإصـابة مباشـرة وتجويز هذا الحق لمن يبقى حياً مدة بعد الإصـابة يؤدي إلى نتيجة يأباها العقل والقانون هي جعل الجاني الذي يقســو في اعتدائه حتى يجهز على ضـحيته فوراً في مركز يفضـل مركز

الجاني الذي يقل عنه قسوة وإجراما فيصيب المجني عليه بأذى حون الموت وفي ذلك تحريض للحياة على أن يجهزوا على المجنى عليه حتى يكونوا بمنجاة من مطالبته لهم بالتعويض"(الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧) وبأنه " إذا كان الضرر المادي الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات في الحال فإنه يكون قد حاق به عند وفاته ضرر متمثلاً في حرمانه من الحياة وينتقل الحق في جبره تعويضاً إلى ورثته " (الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١٠/٢٣) وبأنه "طلب التعويض عن الضرر المادي نتيجة وفاة شخص آخر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مشترط بثبوت أن المتوفي كان يعول طالب التعويض فعلاً وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وإن فرصة الاستمرار كانت محققة لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما شهد به شاهدا المطعون ضدها الأولى من أن مورثها المجني عليه كان يعولها حال حياته وأن معاشها الشهري عن زوجها لم يكن يكفي نفقاتها فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أسس ثبوت الضرر وحدد عناصره على أسباب سائغة نكفي لحمله" (الطعنان رقما ٥٠٧ ، ١٣٥٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧) وبأنه " يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي، الإخلال بمصلحة مالية للمضرور وأنه يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو أن يكون وقوعه في المستقبل حتمياً فأن أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلابد أن يتوافر لهذا الأخير حق أو مصلحة مالية مشروعة يعتبر الإخلال بها ضرراً أصابه"(الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧) وبأنه " والعبرة في تحقيق الضرر المادي الذي يدعيه نتيجة وفاة أخر هي ثبوت أن المتوفي كان يعوله وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلة ويقضي له بالتعويض على هذا الأساس ، أما احتمال وقوع الضرر في المستقبل فلا يكفي للحكم بالتعويض" (الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧)

- ويخضع تقدير التعويض لسلطة القاضي الموضوعية وله أن يقضي به عن الضررين الأدبي والمادي جملة ، إلا أنه يتعين أن يضمن حكمه بيان عناصر الضرر ، فقد قضت محكمة النقض بأن " محكمة الموضوع متى بينت في حكمها عناصر الضرر المستوجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو مما تستقل به مادام لا يوجد في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه ولا تثريب عليها إذا هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر منها على حده وبينت وجه أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته ، فإذا كان الحكم الابتدائي قد أوضح في أسبابه – التي أقرها الحكم المطعون فيه وأخذ بها – عناصر الضرر الذي لحق المطعون ضدهم بسبب خطأ الطاعنة وبين وجه أحقيتهم في

التعويض عن كل عنصر فإن محكمة الاستئناف وقد رأت أن مبلغ التعويض المحكوم به لا يكفي في نظرها لجبر هذه الأضرار فرفعته إلى مبلغ أكبر لما صرحت به في حكمها من أن هذا المبلغ هو ما تراه مناسباً لجبر تلك الأضرار فإن هذا الذي ذكرته ما يكفي لتعليل مخالفتها لمحكمة أول درجة في تقدير التعويض " (جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨ مجموعة محكمة النقض س٢٦ ص٩٢٩) وبأنه " وإن كان تقدير التعويض عن الضرر هو مما يستقل به قاضي الموضوع إلا أنه إذا قدم له طالب التعويض دليلاً مقبولاً على أحد عناصر العذر الذي يطالب بالتعويض عنه ورأى القاضي أطراح هذا الدليل وتقدير التعويض على خلافة فإنه يتعين عليه أن يبين سبب عدم أخذه به وإلا كان حكمه مشوباً بالقصور " (جلسة ١٩٦٩/٤/٢٤ مجموعة محكمة النقض س٢٠ ص٦٧٦) وبأنه " لا وجه لتضرر الطاعن من تقدير التعويض على أساس هدم المنزل ما دامت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن إصلاح العيب الموجود في أساس المبنى – وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني – يتكلف أضعاف ما انتهت المحكمة إلى القضاء به من تعويض " (جلسة ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة محكمة النقض س١٦ ص٧٣٦) وبأنه " المجادلة في تقدير الحكم لمقابل التعطيل عن الانتفاع بالعين المؤجرة واقحام قانون الإصلاح الزراعي خارج نطاقه إنما هي مجادلة تنصب في الحقيقة على تقدير التعويض الذي يستقل به قاضي الموضوع ولا عاقب عليه فيه " (جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ مجموعة محكمة النقض س١٨ ص١٦٥٩) وبأنه " متى كان الطاعن قد حدد عناصر الضرر الذي أصابه – من جراء تعرض المؤجر له في الانتفاع – بالعين المؤجرة – وحصرها في اضطراره للانتقال إلى مسكن أخر بأجرة أعلى ، وانتهى الحكم المطعون فيه إلى أن هذا الضرر مباشر ومتوقع ، وقدر التعويض الجابر له ، وكانت الأسباب التي استند إليها في هذا الخصوص كافية لحمله ، فإن خطأه فيما تزيد فيه من نفي الغش والخطأ الجسيم عن المطعون عليه يكون – بفرض صحته – غير منتج "(الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٦/١٤) وبأنه " وأن كان تقدير التعويض عن الضرر من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع إ إلا أن تعيين عناصر الضرر التي يجب أن تدخل في حساب التعويض هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها لرقابة محكمة النقض" (الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٢/٤)وبأنه " إذا أوضح الحكم في اسبابه عناصر الضرر الذي لحق المطعون عليه بسبب خطأ الطاعن وبين وجه أحقيته في التعويض عن كل عنصر منها ، فإنه لا يعيبه تقدير تعويض إجمالي عن تلك العناصر إذ لا يوجد في القانون نص يلزم بإتباع معايير معينة في خصوصه " (الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦) وبأنه " متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أشار بصدد بيان الضرر المطالب بالتعويض عنه إلى ما تكبدته المدعية – قبل العدول عن خطبتها – من نفقات ومصاريف تجهيز دون أن يعني بإيضاح نوع تلك النفقات ومقدارها والدليل على ثبوتها أو بتقصي الضرر الذي أصابها ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه" (الطعن رقم

١٧٤ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/١٥) وبأنه " تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بالتعويض بصورة مجملة دون أن يبين كنه عناصر الضرر فإنه يكون قد عاره البطلان لقصور أسبابه مما يستوجب نقضه " (الطعون أرقام ٢٩٩ ، ٣١٩ ، ٣٢١ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١) وبأنه " تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض "(الطعن رقم ٦٣٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٣/٢٧) وبأنه " متى كان الحكم قد أورد ضمن بياناته ما يكشف عن نوع العمل ومدة خدمة العامل وظروف الاستغناء عن خدمته فإن في ذلك ما يدل على أنه راعى هذه العناصر في تقدير التعويض "(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٤) وبأنه " ليس في القانون ما يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه "(الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩) وبأنه " تستوجب المادة ٧٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ عند تقدير التعويض عن فسخ العقد بلا مبرر مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف التجاري ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر " أن التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل يقدر بالنظر إلى الأضرار التي لحقت بالعامل ويشمل ذلك ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وفقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني وكان تعيين العناصر المكونة للضرر قانوناً والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض فإن الحكم المطعون فيه إذا قضى بالتعويض على هذه الصورة المجملة ولم يبين عناصر الضرر فإنه يكون قد عار البطلان لقصور أسبابه "(الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٣) وبأنه " متى كان الحكم قد أورد ضمن بياناته ما يكشف عن نوع العمل ومدة خدمة العامل وظروف الاستغناء عن خدماته فإن في ذلك ما يدل على أنه راعى هذه العناصر في تقدير التعويض"(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٤)

- عدم جواز الجمع بين تعويضين : **لا يجوز للمضرور أن يجمع بين تعويضين أي أنه لا يحق له أن يعوض مرتين عما أصابه من ضرر ، وهناك بعض الحالات يترتب على وقوع الضرر فيها أن ينشأ للمضرور حق في أن يحصل على تعويض من طريق وأن يحصل في نفس الوقت على مكافأة أو معاش أو مبلغ تأمين أو نقصه من طريق آخر ، فإذا كان ما يستحقه المضرور من هذا الطريق يصدق عليه أيضاً وصف التعويض فلا يصح للمضرور أن يجمع بينه وبين التعويض الأول ، لأنه لا يجوز لهما قلنا أن يحصل على تعويضين أما إذا لم يكن ما يحصل عليه المضرور من هذا الطريق الآخر في حقيقته تعويضا حق له أن يجمع بينه وبين التعويض .**

وقد قضـت محكمة النقض بأن " إن حادثة وفاة المسـتخدم الذي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاسـتثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشـات قد يترتب عليها أيضـاً التزام من يكون مسـئولاً عن الحادثة بالتعويض الذي يسـتحق بموجب القانون المدني ولما كان قانون المعاشـات رتب اسـتحقاق المكافأة الاسـتثنائية على وقوع الحادث وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم ن الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده ، فهذان الالتزامان وإن كانا مختلفين في الأسـاس القانوني ، هما متحدان للغاية وهي جبر الضـرر الواقع للمضـرور وهذا الجبر وإن وجب أن يكون كاملاً مكافئاً لمقدار الضرر فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه إذ أن كل زيادة تكون إثراء لا سبب له ومن ثم فإنه عندما تكون الحكومة مسئولة أيضاً عن تعويض الذي أساسه القانون المدني من المتعين خصـم مبلغ المكافأة الاسـتثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المسـتحق ، وهذا النظر يتفق وما قرره الشـارع في حالة مماثلة فإن قانون إصـابات العمل رقم ٦٤ سـنة ١٩٣٦ الذي قرر التزام صـاحب العمل – على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشـات – بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويض للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق القانون المدني " (الطعن رقم ٤٣ لسـنة ١٣ ق جلسـة ١٩٤٤/٢/٣) وبأنه " إذا كان الحكم حين قضـى بإلزام الوزارة بالمبلغ الذي قدره تعويضـاً للمدعي لم يبين هل المبلغ الذي قدر للمدعي كمكافأة اسـتثنائية زيادة على ما اسـتحقه من مكافأة عادية يخصـم من هذا المبلغ أم لا فإنه يكون مشـوباً بالقصـور ذلك لأن المكافأة الاسـتثنائية هي في حقيقتها تعويض تلتزم به الحكومة بمجرد وقوع الحادث على أسـس ونسـب عينها قانون المعاشات ، فإذ التزمت الحكومة أيضاً وفقاً للقانون المدني بالتعويض المضرور باعتبارها مسئولة عن الخطأ الذي أدى إلى وقوع الحادث لم يكن للمضر أن يجمع بين للتعويضـين كليهما معاً لأن هذين الالتزامين متحد في الغاية وهي جبر الضـرر مكافئاً له ولا يجوز أن يزيد عليه "(الطعن رقم ٣٤ لسـنة ١٨ق جلسـة ١٩٤٩/١٠/٢٧) وبأنه " التزام رب العمل بتعويض العامل طبقاً لأحكام قانون إصـابات العمل وإن كان لا يمنع التزامه بالتعويض عن الحادث طبقاً لأحكام القانون المدني إذا وقع بسبب خطئه الجسـيم إلا أن هذين الالتزمين متحدان في الغاية وهي جبر الضـرر جبراً مكافئاً له ولا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تعتبر إثراء على حسـاب الغير دون سـبب "(الطعن رقم٣٠٨ لسـنة ٣٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥) وبأنه " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين التعويض الذي يطالب به عن الضرر الناشئ عن الخطأ – وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية وبين ما قد يكون مقرر له عن ذلك – بموجب قوانين أو قرارات أخرى – من مكافأفات أو معاشـات استثنائية – بشـرط أن يراعى ذلك عند تقدير التعويض بحيث لا يجاوز مجموعة ما يعود عليه من ذلك القدر المناسـب والكافي لجبر الضـرر وحتى لا يثري المضـرور من وراء ذلك بلا سـبب " (طعنان رقم

٥٦١ ، ٥٦٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧) وبأنه " إذا كان الحكم قد اعتبر الشركة الطاعنة (شركة التأمين) ملتزمة بالتعويض بموجب عقد التأمين بينما الشركة المطعونة ضدها الثانية ملزمة به نتيجة " الفعل الضار" فإنهما يكونان ملتزمين بدين واحد وله مصدران مختلفان ومن ثم تتضامم ذمتهما في هذا الدين دون أن تتضامن إ أن الالتزام التضامني يقتضي وحدة المصدر " (الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧) وبأنه " لما كان مؤدى نص الفقرة الثانية من المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن مناط رجوع المضرور بالتعويض على صاحب العمل أن يثبت المضرور أن إصابة العمل أو الوفاة قد نشأت عن خطأ شخصي من جانب صاحب العمل يرتب مسئولية ذاتية عن هذا التعويض وهو مالاً محل معه لتطبيق أحكام المسئولية المفترضة الواردة بنص المادة ١٧٨ من القانون المدني وأن مناط الجمع بين التعويض القانوني الذي يكفله قانون التأمين الاجتماعي والتعويض الذي يستحقه المضرور طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية متى توافرت أركانها أن يراعى القاضي عند تقدير التعويض الأخير أنه تعويض تكميلي وليس تعويضاً كاملاً فيخصم من التعويض الكامل الحقوق التأمينية التي حصل عليها المضرور لأن الغاية من التعويض هو جبر الضرر جبراً متكافئاً معه وغير زائد عليه - إذ أن كل زيادة تكون إثراء على حساب الغير دون سبب – لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بالتعويض على تطبيق أحكام المسئولية المفترضة المنصوص عليها بالمادة ١٧٨ من القانون المدني وإن ثبت بمحضر ضبط الواقعة وجود خطأ من جانب الشركة الطاعنة في عمل الاحتياطيات اللازمة للمحافظة على حياة المورث دون أن يبين وجه الدليل الذي استدل به من ذلك المحضر على ثبوت هذا الخطأ ونوع الاحتياطات التي قصرت الشركة في عملها ودون أن يمحص ما دفعت الشركة من أن الحادث وقع بخطأ من العامل وحده دون أن يكشف في قضائه عما إذا كان التعويض الذي قضى به كاملاً أم أنه في تقديره خصم قيمة الحقوق التأمينية التي تم صرفها للمطعون ضدهما – حتى يبين من ذلك أنهما لم تحصلا على حقوق أزيد مما حاق بهما من أضرار فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٣٥١٦ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٤) وبأنه " تنص المادة ٤٩ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ بشأن التأمينات الاجتماعية – المنطبقة على واقعة الدعوى – على أن تلتزم المؤسسة بتنفيذ أحكام هذا الفصل حتى لو كانت الإصابة تقضي مسئولية شخص آخر خلاف صاحب العمل ونحل المؤسسة قانوناً محل المؤمن عليه قبل ذلك الشخص المسئول بما تكلفته مما مقتضاه أن تنفيذ مؤسسة التأمينات الاجتماعية لالتزامها المنصوص عليه في الفصل الأول بشأن تأمين إصابات العمل لا يخل بما يكون للمؤمن له العامل أو ورثته من حق قبل الشخص المسئول " وإذا كانت المادة ١/١٧٤ من القانون المدني قد نصت على أن المتبوع يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً

منه حال تأدية وظيفته أو بسببها ، وكانت مسئولية المتبوع عن تابعه ليست مسئولية ذاتية ، إنما هي في حكم مسئولية الكفيل المتضامن وكفالته ليس مصدرها العقد وإنما مصدرها القانون ، فإنه لا جدوى من التحدي في هذه الحالة بنص المادة ٤٧ من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ التي لا تجيز للمصاب فيما يتعلق بإصابات العمل أن يتمسك قبل المؤسسة بأحكام أي قانون آخر ولا تجيز له ذلك أيضاً بالنسبة لصاحب العمل إلا إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانبه ، ذلك أن مجال تطبيق هذه المادة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو عند بحث مسئولية رب العمل الذاتية " وإذا كان العامل يتقاضى حقه في التعويض عن إصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية في مقابل الاشتراكات التي شارك هو رب العمل في دفعها بينما يتقاضى حقه في التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب خطأ الذي ارتكبه المسئول فلي ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين "(الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٨١/١/١١) وبأنه "التزام رب العمل بتعويض العامل طبقاً لأحكام قانون إصابات العمل لا يمتع من التزامه بالتعويض عن الحادث طبقاً لأحكام القانون المدني إذا وقع بسبب خطئه الجسيم " (الطعن رقم ٢٥٢ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١) وبأنه " ما تؤديه الهيئة العامة للتأمين والمعاشات للعامل أو ورثيه بسبب إصابات العمل إنما هو في مقابل ما تستأديه هذه الهيئة من اشتراكات تأمينية بينما يتقاضى حقه في التعويض عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي يرتكبه المسئول وليس ثمة ما يمنع الجمع بين الحقين " (الطعن رقم ٩٧٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٧)

﴿ المـــادة ٢٢٢ ﴾

" ١- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء .

٢- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من نصوص القوانين العربية المادة ٢٢٣ سوري ، المادة ٢٢٥ ليبي ، المادة ٢٠٥ عراقي ، المادة ١٣٤ /٢و٣ ، ٢٦٣ لبناني .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" يعتد في المسئولية التعاقدية بالضرر الأدبي ، وفقاً للأحكام التي تقدمت الإشارة إليها في المسئولية التقصيرية ،وغنى البيان أن تصور الضرر الأدبي أيسر في نطاق المسئولية التقصيرية منه في نطاق المسئولية التعاقدية ، على أن ذلك لا إمكان قيام**

المسـئولية عن الضـرر الأدبي في الالتزامات التعاقدية فمن ذلك مثلاً امتناع الوديع عن رد لوحة فنية لها عند الموضع إليه منزلة أدبية رفيعة ، مع أن قيمتها المادية ضئيلة " .

﴿ الشـــــرح ﴾

- التعويض عن الضـــرر الأدبي : **الأصـل في المسـاءلة المدنية وجوب تعويض كل من أصـيب بضرر سيستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي والضرر الأدبي هو ما يمس الشخص في مصلحة غير مالية فقد يصيب الجسم أو الشرف أو العاطفة أو مجرد الاعتداء على حق ويجب أن يكون محققاً فكل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه .**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدني على أن " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضـاء " وما ورد بالمذكرة الإيضـاحية من أنه – " استقر في العصـر الحاضـر على وجوب التعويض عن الضـرر الأدبي بوجه عام بعد أن زال – ما خامر الأذهان من عوامل التردد في هذا الصـدد " يدل على أن المشـروع اسـتهدف بهذا النص وجوب التعويض عن الأضـرار الأدبية التي تشـمل كل ما يؤذي الإنسـان في شـرفه واعتباره أو يصـيب عاطفته وإحسـاسـه ومشاعره أما ما عدا ذلك من مساس بمصلحة مشروعة للمضرور في شخصه أو في ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصـلحة مالية له فإنه يتوافر بمجرد الضـرر المادي ، وكان حق الإنسـان في الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التي كفلها الدستور والقانون وجرم التعدي عليه ومن ثم المساس بسلامة الجسم بأي أذي من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضـرر المادي " (الطعن رقم ٣٥١٧ لسنة ٦٢ق "هيئة عامة" جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢)**

- التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بالمضرور لا ينتقل منه إلى الغير إلا إذا تحدد بالاتفاق بينه وبين المسـئول أو طالب به قضـاء ، فقد قضـت محكمة النقض بأن " **التعويض عن الضرر الأدبي عملاً بنص المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضـى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضـاء فإذا كانت الطالبة لم تدع وجود اتفاق على تحديد هذا التعويض كما أن مورثها لم يطالب به أمام القضـاء قبل وفاته ، فإنه لا ينتقل إلى ورثته ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة به " (جلسـة ١٩٧٧/٢/٢٢ مجموعة محكمة النقض س٢٨ ص١١٣) وبأنه "التعويض من الضـرر الأدبي الذي يصـيب المجني عليه نتيجة الاعتداء الذي يقع عليه لا ينتقل إلى الغير طبقاً للمادة ٢٢٢ من القانون المدني إلا إذا تحدد بمقتضـى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضـاء " (جلسـة ١٩٥٨/١/٢٠ مجموعة محكمة النقض م نقض س٩ ص٥١) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدني أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسئول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره أو أن يكون المضـرور قد رفع الدعوى فعلاً أما القضـاء مطالباً بالتعويض ، أما الضـرر الأدبي الذي أصـاب ذوي المتوفي فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا**

للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية" (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١١/٤) وبأنه " إذا كان الثابت أن مورث المطعون عليها عن نفسها وبصفتها وصية على ابنتها قد أقام الدعوى يطالب بحقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقه بوفاة ابنته ثم توفى أثناء سير الدعوى ، فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثته وإذا استأنفت الدعوى سيرها بناء على طلب المطعون عليها التي انتصبت خصماً عن باقي الورثة طالبة الحكم للتركة بكل حقها وقضى الحكم المطعون فيه بالتعويض للتركة على أن يقسم بين الورثة حسب أنصبتهم الشرعية فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٧٨ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١١/٤) وبأنه " لما كان الثابت أن المرحوم ... زوج المطعون ضدها الثالثة كان قد طالب بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحقه بوفاة شقيقه المجني عليه في الجنحة رقم ٣١٤٣ لسنة ١٩٦٧ روض الفرج إبان نظرها أمام المحكمة الجنائية ، فإنه إذا توفى من بعد ذلك انتقل حقه في التعويض إلى ورثته وضمنهم زوجته المذكورة دون أن ينال منه قضاء المحكمة الجنائية باعتباره تاركاً لدعواه المدنية ذلك أن المورث قد تمسك بحقه في التعويض قبل وفاته والقضاء بالترك – بصريح نص المادة ١٤٣ من قانون المرفعات – سواء السابق أو الحالي – لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى ولا يمنع من رفع الدعوى به من جديد " (الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨١/٤/١)

- قصر التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الغير من جراء موت المصاب على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية : فالتعويض الضرر الأدبي الشخصي الذي يصيب الغير من جراء موت المصاب لا بحق المطالبة به لغير الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل في المسألة المدينة وجوب تعويض كل من أصيب بضرر ، يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي على أنه إذا كان الضرر أدبياً وناشئاً عن موت المصاب فإن أقرباءه لا يعرضون جميعهم عن الضرر الذي يصيبهم شخصياً إذ قصر المشرع في المادة ٢/٢٢٢ التعويض على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، ولازم ذلك أن المشرع إن كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق في التعويض عن الضرر – الأدبي فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر المادي إذا توافرت شروطه " (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠) وبأنه " الضرر الأدبي الذي يلحق بالزوج والأقارب – هو ضرر شخصي مباشر – قصر الشارع وفقاً لنص المادة ٢/٢٢٢ مدني الحق في التعويض عنه على الزوج والأقارب إلي الدرجة الثانية لما يصيبهم من جراء موت المصاب (الزوجة) " (طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣١ ق جلسة ٣/٢٢ ١٩٦٦) وبأنه " مفاد النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدني على أن يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، وفي الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض للأزواج

والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جر موت المصاب " أن المشرع أتى في الفقرة الأولى بنص مطلوب من أي قيد أن الأصل في المسألة المدنية وجوب تعويض كل ما أصيب بضرر يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي وسواء نجم عن العمل غير المشروع الموت أم المقتصر الأمر على مجرد الإصابة ولا يحد من عموم هذه الفقرة ما ورد بالفقرة الثانية من قصر حق التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب على أشخاص معيين على سبيل الحصر وهم الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ذلك أن المشرع إذا كان قد خص هؤلاء الأقارب بالحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت فلم يكن ذلك ليحرمهم مما لهم من حق أصيل في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة ما إذا كان الضرر أدبياً وناشئاً عن الإصابة فقط ، ولو كان المشرع قصد منع التعويض عن الضرر الأدبي لذوي المصاب في حالة إصابته فقط لما أعوزه النص على ذلك صراحة على غرار ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر حين قيد فيها الأشخاص الذين يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي في حالة الموت وما يؤكد ذلك أن لفظة إلا وردت قبل تحديد فئات المستحقين للتعويض ولم ترد بعد تعدادهم حتى ينصرف القصد منها في النص على قصر التعويض على حالة موت المصاب وليس معنى ذلك أنه يجوز للمضرورين مهما كانت درجة قرابتهم للمصاب المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بهم من جراء إصابته فإن ذلك متروك لمحكمة الموضوع تقدره في كل حالة على حدة حسبما لحق بالمضرورين من ألم ولوعة وحسرة من جراء أصابته وبحيث لا يجوز أن يعطي هذا التعويض لغير الأقارب إلى الدرجة الثانية استهداء بما هو منصوص عليه في الفقرة التي أعطيت لهم هذا الحق في حالة الموت وهو بطبيعته أشد وطأة من مجرد الإصابة " (الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٩) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٢٢ من القانون المدني أن الشارع قصر الحق في التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية في عواطفهم وشعورهم من جراء موت المصاب على ما كان من هؤلاء موجوداً على قيد الحياة في تاريخ الوفاة دون أن يتسع نطاق هذا الحق إلى من لم يكن له وجود حين الوفاة سواء كان لم يولد بهؤلاء كان قد مات قبل موت المصاب فإن أيا من هؤلاء يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبي نتيجة موته " (الطعن رقم ٣٣١٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/١٢/١٩) وبأنه " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من القانون المدني على أن يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ،وفي الفقرة الثانية على أنه " ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من الممن جراء موت المصاب " يدل على أن المشرع أجاز تعويض الضرر الأدبي بالمعنى السابق بيانه دون تخصيص ثم قيد هذا الحق من حيث مستحقيه فقصره في حالة الوفاة على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية ، وهو تحديد لأشخاص من يحق لهم التعويض عن الضرر الأدبي وليس تحديد الحالات وأسباب استحقاقه ،

وهو ما ينطبق بدوره – ومن باب أولى – في تجديد المستحقين للتعويض عن هذا الضرر في حالة الإصابة " (الطعن رقم ٣٥١٧ لسنة ٦٢ق هيئة عامة جلسة ١٩٩٤/٢/٢٢) وبأنه" مفاد نص المواد ١٦٣ ، ١٧٠ ، ٢٢١ ، ١/٢٢٢ من القانون المدني أن الأصل في المساءلة المدنية وجوب تعويض كل من أصيب بضرر ،يستوي في ذلك الضرر المادي والضرر الأدبي فليس في القانون ما يمنع أن يطالب غير من وقع عليه الفعل الضار بالتعويض عما أصابه من ضرر أدبي نتيجة هذا الفعل إذ أن الضرر الأصلي الذي يسببه الفعل الضار لشخص معين قد يرتد عنه ضرراً آخر يصيب الغير من ذويه مباشرة فيولد له حقاً شخصياً في التعويض مستقلاً عن حق من وقع عليه الفعل الضار أصلاً ومتميزاً عنه يجد أساسه في هذا الضرر المرتد لا الأصلي وإن كان مصدرهما فعلاً ضاراً واحداً والتعويض عن الضرر الأدبي لا يقصد به محوه أو إزالته من الوجود إذ هو نوع من الضرر لا يمحي ولا يزول بتعويض مادي وإنما هو المقصود به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي ، فالخسارة لا تزول ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوضها وليس هناك معيار لحصر أحوال التعويض الأدبي إذ كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه واعتباره أو يصيب عاطفته وإحساسه ومشاعره يصلح أن يكون محلاً للتعويض على أن ذلك لا يعني أنه يجوز لكل من ارتد عليه ضرر أدبي مهما كانت درجة قرابته لمن وقع عليه الفعل الضار أصلاً المطالبة بهذا التعويض إذ أن تقدير ذلك متروك لمحكمة الموضوع تقدره في كل حالة على حده ، والتعويض هذا يقاس بقدر الضرر المرتد لا الضرر الأصلي وبحيث لا يجوز أن يقضي به لغير الأزواج والأقارب من الدرجة الثانية إعمالاً للفقرة الثنية من المادة ٢/٢٢٢ من القانون المدني أو استهداء بها " (الطعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣٠) وبأنه " النص في المادة ٢/٢٢٢ من القانون المدني على أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب بما مفاده أنه لا يكفي ثبوت القرابة بالمتوفى بل لابد من استظهار الألم الذي يصيب قرابته من جراء موته إذ هما معاً لا مناط الحكم بالتعويض " (الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٩)

- مدى استحقاق القاصر الذي لم يتعدى مرحلة المهد للتعويض ، وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن القاصر .... والقاصرة .... لا يستحقان تعويضاً عن الضرر الأدبي لصغر سنهما وقت الحادث واستدلت بما هو ثابت بالقيد العائلي المرفق بالأوراق والثابت به أن الأول قد ناهز عمره السنتين بقليل والثانية لم تتجاوز الشهرين وقت الحادث وكان مؤدى هذان الدفاع أن القاصرين إذا لم يتعديا وقت أن مات شقيقهما – مرحلة المهد وأما تتكون لديهما ملكات الإدراك اللازمة للانفعال بموت شقيقهما وما يستتبعه من ألم وحزن لفراقه فإن الحكم المطعون فيه إذا التفت عنه

وقضى بتعويضهما عن الضرر الأدبي رغم تخلف مناطه قد عاره الخطأ في القانون " (الطعن رقم ١٠٧ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢٩)

- عدم استحقاق الحمل المستكن تعويضاً أدبياً : إن شخصية الإنسان وهي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه – لا تبدأ – كأصل عام وطبقاً لما نصت عليه المادة ٢٩ من القانون المدني – إلا بولادته حياً ومن ثم فإن لم يكن موجوداً على قيد الحياة عند وفاة أخر لا تكون له ذمة مالية ولا دعوى شخصية يطالب فيها بتعويض عن ضرر لم يصيبه – مادياً كان هذا الضرر أو أدبياً ... حتى ولو كان من أقاربه إلى الدرجة الثانية التي أجازت المادة ٢٢٢ من القانون ذاته تعويضهم عما يصيبهم من ألم جراء تلك الوفاة لأن المشرع بهذا النص قصر الحق في التعويض على الضرر الأدبي الشخصي المباشر على ما كان هؤلاء موجوداً على قيد الحياة في تاريخ الوفاة دون أن يوسع من نطاق هذا الحق بحيث يشمل من لم يكن له وجود حين الوفاة سواء كان لم يولد بعد أو كان قد مات قبل موت المصاب فإن أياً من هؤلاء لا يستحيل تصور أن يصيبه ضرر أدبي نتيجة موته" (الطعن رقم ٥٤٦٢ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٢/١/٨)
- يكفي أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي رمزياً : ولما كان القصد من التعويض عن الضرر الأدبي هو المواساة بسبب إخلال المتعاقد بالتزامه ، فيكفي فيه أن يكون رمزياً ولا يعني ذلك أن يكون مبلغ التعويض تافهاً لأنه مهما زاد هذا التعويض فيظل رمزياً . (أنور طلبه ص٢٩٢)

﴿المـــادة ٢٢٣ ﴾

" يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد ٢١٥ إلى ٢٢٠ ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢٢٤ سوري ، المادة ٢٢٦ ليبي ، المادة ١٧٠ عراقي ، المادة ٢٢٦ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٣٠ من المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٢٣. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٦٩ ، ٥٧٠)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أن " ليس الشرط الجزائي في جوهره إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أداؤه فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل الموجوب مصدر آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى ، فلا بد لاستحقاق

الجزاء المشـــروط إذن من اجتماع الشـــروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض : وهي الخطأ والضـــرر والإعذار.

﴿ الشـــــرح ﴾

- الشرط الجزائي : والشرط الجزائي هو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم التنفيذ أو التأخير فيه فهو تقدير اتفاقي للتعويض بنوعيه ، تقدير يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضـــرر بالفعل ، وهذا الاتفاق قد يرد في العقد أو في اتفاق لاحق ،والجوهري أن يكون الاتفاق على التقدير قد وقع قبل وقوع الضـــرر ، حتى نكون أما شـــرط جزائي أما إذا جرى الاتفاق بين الدائن والمدين على تقدير التعويض بعد وقوع الضـــرر بالفعل ، لم نكن أما شـــرط جزائي ، بل تصـالح وانطبقت الأحكام الخاصـة بعقد الصـلح لا بالشـرط الجزائي (إسـماعيل غانم ص١١٧) والأمثلة على الشـــرط الجزئي كثيرة ومتنوعة فشـــروط المقاولة (**cahier des charges**) قد تتضـــمن شـــرطاً جزائياً يلزم المقاول بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أســبوع أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المقاول عن تســليم العمل المعهود إليه إنجازه ولائحة المصـــنع (**réglement d atelier**) قد تتضـمن شـروطاً جزائية تقضـي بخصـم بمبالغ معينة من أجرة العامل جزاء له على الإخلال بالتزاماته المختلفة وتعريفه مصـــلحة الســكك الحديدية أو مصـــلحة البريد قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للمتعاقد معها في حالة فقد (طرد) أو فقد رسالة واشترط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين في دفع قسط منها هو أيضاً شرط جزائي ولكن من نوع مختلف إذ هو هنا ليس مقداراً معيناً من النقود قدر به التعويض بل هو تعجيل أقسـاط مؤجلة ومثل ذلك ما قضـت به محكمة اسـتئناف مصـر من أنه إذ اتفق المؤجر والمسـتأجر على أن يسـلم المسـتأجر عند انتهاء إجارته الأطيان المؤجرة إليه خالية من الزراعة وشرط في العقد تعويض المؤجر عن الإخلال بهذا الاتفاق بأن الزراعة التي عســـى أن تكون قائمة عند الانتهاء الإيجار تكون ملكاً للمؤجر كان الاتفاق الأصلي صحيحاً وكان الشرط الجزائي صحيحاً معه . (٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص٢١٤ ، انظر السنهوري ص٧٦٧)
- الشرط الجزائي جائز في جميع التصرفات : الشرط الجزائي جائز في جميع التصرفات ولا يقتصر على بعض التصرفات دون الأخرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن " اشترط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جائز في كل مشـارطة سـواء كانت بيعاً أو معاوضـة أو إجارة أو أي عقد آخر والعربون بهذا المعنى ليس خاصـاً بعقود البيع وحدها " (الطعن رقم ١٨لســنة ١ق جلســة ١٩٣١/١٢/١٧) وبأنه" الشـرط الجزائي متى تعلق بالتزام معين وجب التقيد به وإعماله في حالة الإخلال بهذا الالتزام أيا كان الوصف الصحيح للعقد الذي تضـــمنه بيعاً كان أو متعهد من جانب الملتزم بالسـعي لدى الغير لإقرار البيع وإذا كان الحكم مع إثباته

إخلال الملتزم بما تعهد به بموجب العقد من السعي لدى من ادعى الوكالة عليه لإتمام بيع منزل في حين أنه التزم بصفة ضامناً متضامناً معه بتنفيذ جميع شروط العقد لم يعمل الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد قولاً بأن العقد في حقيقته لا يعدوا أن يكون تعهدا شخصيا بعمل معين من جانب المتعهد فإنه يكون قد أخطأ " (الطعن رقم ٨٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢) وبأنه " يصح في القانون تضمين شروط المزايدة – في العقود المدنية التي تبرمها الإدارة بشأن نشاطها الخاص – اتفاقاً على تصادر جهة الإدارة التأمين المؤقت المدفوع من المزايد الراسي عليه المزاد إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رسو المزاد عليه دون أنه يغير هذا الجزاء الذي حدداه من طبيعة هذا الاتفاق وأنه شرط جزائي يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض عند الإخلال بشروط المزايدة يخضع لحكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني " (الطعن رقم ٢٦٩٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٠) وبأنه" الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحقاق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً لقواعد العامة التي نجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن" (نقض ١٩٧١/٣/٢٥ س٢٢ ص٤٠١ ، الطعن رقم ٦٦٣ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٨) وبأنه "لا على الحكم أن هو لم يرد على ما تمسك به الطاعن من دفاع يتعلق بالشرط الوارد بعقد الصلح بإعمال المادتين ٢٢٣ و ٢٢٤ من القانون المدني عليه باعتباره شرطاً جزائياً متى كان الحكم قد قرر أن عقد الصلح ذاته المتضمن هذا الشرط قد فسخ وانتهى الحكم إلي تطبيق القانون تطبيقا صحيحاً في صدد الآثار القانونية المترتبة على هذا الفسخ "(نقض ١٩٦٨/٢/٢٧ س١٩ ص٣٨١) وبأنه" إذا كان الحكم المطعون فيه إنما أعمل في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد البيع ،ومما ورد فيه عم ضمان الضامن المتضامن مع البائع وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليه في العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون "(الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٥/١٦)

- محل الشرط الجزائي : الغالب في العمل أن يكون محل الشرط الجزائي مبلغاً من النقود فيشترط المتعاقد أن يدفع له المتعاقد الآخر مبلغاً من النقود إن لم يقم بتنفيذ التزامه في الوعد المتفق عليه أو أن يدفع مبلغاً عن كل يوم تأخير أو عن كل شهر حسبما يقضي العقد ويختلف الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية في هذه الحالة الأخيرة ، ذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض اتفق عليه المتعاقدان ، أما الغرامة فهي تهديد يلجأ إليه القاضي بناء على طلب الخصم وإن كان كل منهما يخضع في النهاية لتقدير القاضي (أنور طلبه ص٣٠٠) ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يحدد التعويض بغير النقود ومن هذا القبيل حالة ما إذا اتفق في إيجار أرض زراعية على أن يسلم

المستأجر الأرض بمجرد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة واشترط في العقد أن الزراعة التي تنكون قائمة عند انتهاء الإيجار تصبح ملكاً للمؤجر تعويضاً له عن الإخلال بهذا الاتفاق (عزمي البكري ص٧٠٨)

- الالتزام بالشرط الجزائي تابع بالالتزام الأصلي : لا يوجد الشرط الجزائي مستقلاً بنفسه بل تابع لالتزام أصلي سواء كان مصدر هذا الالتزام الأخير هو العقد أو غيره من مصادر الالتزام ولا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح الالتزام الأصلي التزاماً شرطياً بل أن الالتزام الشرطي هو التعويض الاتفاقي لأن إعماله متوقف على عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لتأخيره في الوفاء به ، كذلك لا يترتب على وجود الشرط الجزائي أن يصبح التزام المدين تخييرياً أو بدلياً فهو ليس بتخيير لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطالب بأيهما شاء بل عليه أن يطالب بالالتزام الأصلي إلا إذا استحال تنفيذ بخطأ المدين فيطالب بالتعويض الاتفاقي وهو ليس بالتزام بدلي لأن المدين لا يملك العدول عن تنفيذ الالتزام الأصلي مادام ممكنا إلى تنفيذ الشرط الجزائي (أنور سلطان ص٢٠٠) على أنه يترتب على كون الالتزام بالشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي أنه يدور معه وجوداً وعدماً فيبقى ببقائه وينقضي بانقضائه ، فإذا كان الالتزام الأصلي قد انقضى بالتقادم فإن الشرط الجزائي يكون كذلك وإذا قضى ببطلان أو بفسخ الالتزام الأصلي تبعه في ذلك الشرط وقد يكون الشرط الفاسخ صريحاً وتحقق وفي هذه الحالة لا يلزم صدور حكم بالفسخ ويكفي أن يتمسك المدين بانفساخ الالتزام الأصلي وحينئذ يقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة وفي حالة استحقاق الدائن له ، وتوجب هذه القواعد على الدائن إثبات الضرر وتحققه ومقداره فإن اكتفى بالتعويض الاتفاقي الذي تضمنه الشرط الجزائي رفضت المحكمة هذا الطلب دون أن تكون ملزمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الضرر ومداه ى(أنور طلبه ص٢٩٦) ولكن إذا كان الشرط الجزائي باطلاً فلا يستتبع ذلك أن يكون الالتزام الأصلي باطلاً / لأن الشرط الجزائي تابع فلا يتعلق به مصير الالتزام الأصلي مثال ذلك أن يشترط الدائن المرتهن كشرط جزائي إذا لم يستوف الدين عند حلوله أن يبيع العين المرهونة دون إتباع الإجراءات الواجبة قانوناً أو أن يمتلك العين ففي هذا الحالة يكون الشرط الجزائي باطلا دون أن يبطل الالتزام الأصلي (السنهوري ص٧٧٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحقاق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً لقواعد العامة التي نجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن " (الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥) وبأنه " الشرط الجزائي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – التزام تابع

للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحقاق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً لقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن " (الطعن رقم ٦٣٣ لسنة ٤٤ق جلسة١٨/٤/١٩٧٨) وبأنه " الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحقاق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً لقواعد العامة" (الطعن رقم ٢٣٢٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١/٤/١٩٩١) وبأنه " إذا كان الثابت في الدعوى أن الطرفين اتفقا في شروط المزايدة على حق الطاعنة في مصادرة التأمين المؤقت المدفوع من المطعون ضده إذا لم يتسلم المبيع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رسو المزاد فضلاً عن التزامه بأجرة التخزين وكان هذا الذي حدداه جزاء لإخلال المطعون ضده بالتزامه إنما هو شرط جزائي يتضمن تقديراً اتفاقياً للتعويض وكان الشرط الجزائي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحقاق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً لقواعد العامة التي تحمل الدائن عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره" (الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٥٣ق جلسة ٤/٤/١٩٨٨) ، وبأنه " الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه فإن استحقاق تعويض للدائن تولى القاضي تقديره وفقاً لقواعد العامة التي نجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن " (الطعن رقم ٢٤١٨ لسنة ٥٢ق جلسة ٦/٥/١٩٨٦)

- شروط التمسك بالشرط الجزائي :

يشترط للتمسك بالشرط الجزائي الشروط الآتية : أولاً خطأ المدين : يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي وقوع خطأ من جانب المدين فيمتنع عن التنفيذ أو يتأخر فيه ، فإذا لم يكن هناك خطأ من جانب المدين ، لملا يلتزم بالتعويض وبالتالي لم يكن هناك محل لتطبيق الشرط الجزائي الذي هو مجرد تقدير للتعويض ،ويلتزم الدائن بإثبات خطأ المدين ويجوز له إثباته بكافة طرق الإثبات باعتبار أن عدم التنفيذ مسألة مادية (عزمي البكري ص٧١٨) ثانياً أن يترتب على تقصير المدين ضرر الدائن : والضرر هنا مفترض بموجب الشرط الجزائي إذ يكون التعاقدان افتراضا وقوعه بمجرد إخلال المدين بالتزامه لذلك فلا يكلف الدائن بإثباته إنما يجوز للمدين أن يثبت انتفاء الضرر بالنسبة للدائن فإن لم يطلب المدين تمكينه من ذلك اعتبر الضرر واقعاً أما أنه طلبه تعين على المحكمة إجابته إليه ،

فإن رفضته وجب أن تورد تعليلها لهذا الرفض وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور لعدم ردها على دفاع جوهري (أنور طلبه ص٢٩٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " أن وجوب الشرط الجزائي في العقد يفترض معه أن تقدير التعويض فيه يتناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فعندئذ لا يكون التعويض مستحقاً أصلاً أو إذا أثبت المدين أن التقدير كان مغالاً فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه "(الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٨٢/١/١١) وبأنه " لما كان اشتراط الدائن في العقد جزاء مقدماً عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه جائزاً ولا مخالفة فيه للنظام العام ، وكان المدين لم يدع في كافة مراحل التقاضي أن ضرراً لم يعد على الدائن من تقصيره في تنفيذ تعهده فإن الحكم إذ قضى بالتعويض المتفق عليه في العقد لا يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٣٦١ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٤/١٤) ، وبأنه " لا يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي مجرد وتوافر ركن الخطأ في جانب المدين للالتزام ، وإنما يشترط أيضاً توافر ركن الضرر في جانب الدائن ، فإذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط" (الطعن رقم ١٠٢ لسنة٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١١/١٤)

ثالثاً علاقة السببية : ولا يستحق الشرط الجزائي إلا إّا قامت علاقة السببية بين الخطأ والضرر أما إذا أنتفت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو أنتفت بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسئولية العقدية مباشراً ولكنه غير متوقع فعند ذلك لا تتحقق المسئولية ولا يستحق التعويض فلا محل إذا لإعمال الشرط الجزائي .رابعاًّ الإعذار : والإعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزئي في جميع الأحوال التي يجيب فيها إعذار المدين أما في الأحوال التي لاضرورة فيها للإعذار فإنه لا يشترط وقد تقدم ذكر كل ذلك تفصيلاً وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجيب فيها فإنه إذا لم يقم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال لم يكن التعويض مستحقاً ولا يكون ثمة هناك محل لإعمال الشرط الجزائي ، وقد أشارت المادة ٢٢٣ مدني استحقاق الشرط الجزائي إلى وجونب تطبيق النصوص المتعلقة بالإعذار (م٢١٨- ٢٢٠ مدني) وقدمنا ن مجرد وجود شرط جزائي لا يعفي من الإعذار ولا يعتبر وجود هذا الشرط اتفاقاً صريحاً أو ضمنياً على إعفاء الدائن من إعذار المدين (السنهوري ص٧٧٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم استحقاق التعويض الاتفاقي (الشرط الجزئي) لتخلف شرط الإعذار فلا يجوز له التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض لهذا السبب الذي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع " (الطعن رقم ٥٦٣ لسنة

٣٤ق س١٩ص ١٤٩٠ جلسة١٩٦٨/١٢/٥ ، الطعن رقم ١١٦٤ لسنة ٤٨ق س٣٥ق ص٦٤٥ جلسة ١٩٨٤/٣/١٢)

- استخلاص تقصير المدين : لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في بيان تقصير المدين ، وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر بذاته خطأ يرتب مسئوليته وأن النص في العقد على الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته بل يقع على المدين إثبات عدم تحققه كما يفترض فيه أن تقدير التعويض المتفق عليه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يعمل على هذا الشرط ما لم يثبت المدين خلاف ذلك" (الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/١١) وبأنه " لمحكمة الموضوع إذا نص في العقد على شرط جزائي عند عدم قيام المتعهد بما التزم به السلطة التامة في اعتباره مقصراً حسبما يتراءى لها من الأدلة المقدمة ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير متى كان سائغاً لما كان ذلك وكان تخلف الطاعنين عن تنفيذ التزامهما يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، فإن المطعون عليهم لا يكلفون إثباته" (نقض ١٩٧٦/١٢/٢٨ س٢٧ ص١٨٢٠) وبأنه " إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يتراءى لها الأدلة المقدمة ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير " (الطعن رقم ١٨ لسنة ١ق جلسة ١٩٣١/١٢/١٧)
- يجوز للمحكمة خفض التعويض في حالة التقصير الجزئي ، وفي ذلك تقول محكمة النقض أن " إذا كانت واقعة الدعوى محكومة بالقانون المدني القديم وكان المدين قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر فيعتبر تقصيره في هذه الحالة جزئياً يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن" (نقض ١٩٥٥/٢/١٧ جـ١ في ٢٥سنة ٢٦٥)
- التعويض في حالة التقصير المتبادل : لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي مادام الحكم قد اثبت أن كلاً من المتعاقدين قد قصر في التزامه . (نقض ١٩٥٧/١٢/١٩ س٨ص٩٢١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا اتفق في عقد بيع بضاعة على شرط جزائي وقرر أن كلا الطرفين قد قصر في التزامه وقضى لأحدهما بتعويض على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح بسبب تقصير الطرف الآخر وحدد هذا التعويض على أساس ربح قدره بنسبة معينة من ثمن البضاعة – فإن من مقتضى ما قرره الحكم من وقوع تقصير من المحكوم له أيضاً أن يبين مقدار ما ضاع عليه من كسب وما حل به من خسارة بسبب تقصير المحكوم عليه وأن يحمله مقداراً ما حل به من خسارة وما ضاع عليه من كسب نتيجة تقصيره هو – فإذا كان الحكم لم يبين ذلك ولم يذكر العناصر الواقعية التي

بنى عليها تحديد التعويض على أســـاس الربح الذي قدره – فإنه يكون مشـــوباً بالقصـــور" (نقض ١٩٥٧//١٢/١٩ س٨ ص ٩٢١)

- تفسير الشرط الجزائي : الشرط الجزائي قد يرد ضمن بنود العقد وقد يثبته المتعاقدان في اتفاق منفصـــل عن العقد وحينئذ يعتبر هذا الاتفاق مكملاً للعقد ويكون محل اعتبار عند تفســـيره . فإن تمسك أحد المتعاقدين باعتبار أن بندً معيناً في العقد يتضـمن شرطاً جزائياً بينما يتمسك المتعاقد الأخر بأن هذا البند ينطوي على تعديل لأحكام العقد في حالة معينة ولم ينصـرف إلى شـرط جزائي كان على المحكمة تفسير هذا البند بالنظر إلى بنود العقد كلها وتخضـع في ذلك لأحكام التفسير فلا تخضـع لرقابة محكمة النقض مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة فإن خلصت إلى توافر الشـــرط الجزائي أعملت أحكامه أما أن خلصـــت إلى عدم توافره وأن بند الخلاف يتضـــمن تعديلاً لأحكام العقد ، أعملت هذا الحكم الذي تضمنه البند . (أنور طلبه ص٣٠١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا اشترط في عقد إيجار الأطيان أنه " في حالة زراعة القطن مكرر يزاد الإيجار المستحق بما يوازي الإيجار الأصلي عن القدر يزرع قطناً مكرراً " ورأت المحكمة أن هذا الشـرط ليس شـرطاً جزائياً يستلزم القضـاء به التحقق من أن المؤجر قد لحقه ضـرر بسـبب مخالفة عقد الإيجار وإنما هو اتفاق على مضـــاعفة الأجرة في حالة معينة وهي تكرار زراعة القطن في الجزء الواحد من الأرض المؤجرة ســـنتين متواليتين ثم أعطته على هذا الاعتبار حكمه وهو القضـــاء بالأجرة المضـــاعفة كاملة طبقاً لعقد الإيجار فلا تقبل المناقشـــة في ذلك لدى محكمة النقض مادام التفســـير الذي أخذت به المحكمة متفقاً تمام الاتفاق مع مدلول عبارة العقد " (نقض ١٩٤٣/٢/١٨ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٦٥)

- التميز بين الشرط الجزائي وما قد يشتبه به من أو ضاع : (١) تمييز الشرط الجزائي عن العربون : قد يشتبه الشرط الجزائي بالعربون ومع ذلك يتعين التفرقة بينهما ، ذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضـرر الذي يصـيب الدائن من جراء التزام المدين بالتزامه وشـرط استحقاقه هو وقوع الضـرر على حين أن العربون هو مبلغ من المال (أو منقول من نوع آخر) يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الأخر وقت التعاقد ، ودفع العربون يفيد ثبوت خيار العدول لكل من المتعاقدين إلا إذا اتفق على عكس ذلك (م١٠٣/١) ، وإذا عدل من رفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفيه ولو لم يترتب على العدول أي ضرر وفي هذا يفترق العربون عن الشرط الجزائي وينبغي الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزافية لا يجوز الانتقاص منها ، أو تقدير تعويض اتفاقي يجوز انتقاصه ، ولاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً . (أنور ســلطان ص٢٠٠) (٢) تمييز الشـــرط الجزائي عن التهديد المالي : يتميز الشـــرط

الجزائي عن التهديد المالي فيما يلي : (١) التهديد المالي حكم وقتي تهديدي فهو لا يقبل التنفيذ إلا إذا حول من غرامة تهديدية إلى تعويض نهائي كما سبق القول ، أما الشرط الجزائي فليس بوقتي ولا تهديدي وإنما هو اتفاق نهائي قابل للتنفيذ على حاله وإذا جاز تخفيض الشرط الجزائي للمبالغة في التقدير فالأصل فيه عدم التخفيض أما التهديد المالي فالأصل فيه التخفيض لأنخ يكون عادة أزيد بكثير من الضرر الحقيقي فيغلب تخفيضه عند تحويله إلى تعويض نهائي . (٢) فالتهديد المالي يحكم به القاضي أما الشرط الجزائي فيتفق عليه الدائن والمدين . (٣) التهديد المالي تحكمي لا يقاس بمقايس الضرر وإنما يقصد به التغلب على عناد المدين فينظر إلى موارده المالية وقدرته على مقاومة الضغط أما الشرط الجزائي فالأصل فيه أن يقاس بمقياس الضرر . (٤) ليس التهديد المالي إلا وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما الشرط الجزائي فعلى العكس من ذلك يتصل بالتعويض لا بالتنفيذ العيني . (٥) التهديد المالي يقدر عن كل وحدة من الزمن أو عن كل مرة يخل فيها المدين بالتزامه أما الشرط الجزائي فلا يقدر على هذا النحو إلا إذا كان تعويضاً عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه فإذا كان تعويضاً عن عدم التنفيذ فإنه يقدر عادة مبلغاً مقطوعاً (**forfaitaire**) على الشبهة تزيد إذا كان الشرط الجزائي يقدر التعويض عن التأخير في التنفيذ فقد في التميز بينه وبين التهديد المالي إذا ما حكم القاضي على مقاول تأخر في تسليم العمل غرامة تهديدية عن كل يوم يتأخر فيه أو اتفق المتعاقدان مقدماً على أن يدفع المقاول مبلغاً كبيراً يقرب من الغرامة التهديدية عن كل يوم يتأخر فيه المقاول عن تسليم العمل ، ففي الحالتين وأن المبلغ المقدر وإنما وضع للتهديد أكثر مما وضع للتعويض عن ضرر وفي الحالتين يخفض القاضي هذا المبلغ المقدر في الغرامة التهديدية عندما يحولها إلى تعويض نهائي وفي الشرط الجزائي عندما يرى أن تقدير الطرفين كان مبالغ فيه إلى درجة كبيرة كما سنرى ولكن يميز بين الوضعين في مثل هذه الأحوال أن الغرامة التهديدية حكم يصدر من القاضي ، أما الشرط الجزائي فاتفاق يتم بين الطرفين (السنهوري ص٧٨٠) .

و قد وقضت محكمة النقض بأن " متى كانت المحكمة قد اعتبرت في حدود سلطتها الموضوعية وبالأدلة السائغة التي أوردتها أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تهديدي فإن مقتضى ذلك أن يكون لها أن لا تعمل هذا الشرط وأن تقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة " (الطعنان رقما ١٩٥ ، ٣٢٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧) وبأنه" إذا كانت المحكمة قد فهمت الدعوى على أنها مطالبة بمبلغ حصل التنازل عنه بمقتضى محضر صلح وأن التنازل كان معلقاً على شرط دفع أقساط الدين الباقي في الآجال المحددة وأن المدعي عليه كان قد تأخر عن دفع الأقساط في مواعيدها ثم قضت بعدم استحقاق المدعى لهذا المبلغ بانية ذلك على أن المدعي عليه قد قام بدفع بعض الأقساط

قبل مواعيدها وأن المدعي قد قبل منه مبالغ بعد تواريخ الاستحقاق بل قبل تأجيل باقي بعض الأقساط إلى الأقساط التي تليها مما مفاده عدم استمساكه بالمواعيد وبما رتبه عقد الصلح على عدم مراعاتها فهذا الحكم إذا انتهى إلى ما قضى به بناء على المقدمات التي ذكرها لا يصح تعيبه وإذا كان المحكمة بعد تقريرها ما تقدم من تحلل المدين من الشرط الذي يتمسك به الدائن قد استطردت إلى تكييف هذا الشرط بأنه تهديدي لا يتناسب فيه التعويض مع الضرر المحتمل من التأخير وأنه حتى لو شرطاً جزيئا فإنه لم يحصل على عدم وفاء كلي بل كان التأخير جزئياً، فذلك منها لا يتجافى مع موجب الواقعة التي حصلتها "(الطعن رقم ١٧ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٢/١١/١٩)

(٣) تمييز الشرط الجزائي عن التأمين والغرامات التي ينص عليها في العقود الإدارية : **التأمين في العقد الإداري يختلف في طبيعته عن الشرط الجزائي الذي ينص عليه في العقود المدنية ، إذ التأمين مقصود به ضمان وفاء المتعهد بالتزامه طبقاً للعقد وفي المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يحق للإدارة مصادرته من تلقاء نفسها ولا يتوقف استحقاق جهة الإدارة على إثبات وقوع ضرر لها من جراء إخلال المتعاقد بالتزامه كما لا تجوز المنازعة في استحقاقها له أو الجزء منه بحجة انتفاء الضرر فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار المطعون عليه مخالفاً شروط العقد الإداري المبرم بينه وبين وزارة الدفاع بتأخيره في توريد الأحذية المتفق عليها في الميعاد وكان العقد صريحاً في إقامة الحق للوزارة الطاعنة في مصادرة التأمين حال وقوع هذه المخالفة فإن الحكم إذا لم يقم الحق للطاعنة في مصادرة التأمين وقضى للمطعون عليه بقيمته تأسيساً على انتفاء الضرر يكون قد خالف القانون مما يستوجب نقضه (مجموعة محكمة النقض س١٦ ص١١٢٦ جلسة١٩٦٥/١١/٢٣)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد الإداري بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت الغرامة جزاء لها وأن تستنزل قيمة هذه الغرامة مما يكون مستحقاً في ذمتها للمتعاقد كما يحق لها مصادرة التأمين من تلقاء نفسها دون أن يتوقف ذلك على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء إخلال المتعاقد معها بالتزامه ذلك أن الغرامات ومبالغ التأمين التي ينص عليها في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، إذ يقصد بها – على ما جرى به قضاء محكمة النقض – ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه حرصاً على سير المرفق العام بانتظام والطراد ، ولا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن ينازع في استحقاقها للغرامة أو التأمين**

بحجة انتفاء الضــرر أو المبالغة في تقدير الغرامة إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه راجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل الإدارة المتعاقد معها " (مجموعة محكمة النقض س١٧ ص١٩٦٢ جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٠)

﴿ المـــادة ٢٢٤﴾

" ١- لا يكون التعويض الاتفاقي مســتحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٢- ويجوز للقاضـــي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه .

٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد النصــوص العربية المادة ٢٢٥ ســوري ، المادة ٢٢٧ ليبي ، المادة ٢/١٧٠ و٣ عراقي ، المادة ٢٢٦ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما اغســتقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا عبارة "أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " في الفقرة اللثانية فقد كانت في المشـــروع التمهيدي " أن التقدير كان فادحاً" وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي وأصبح رقم المادة ٢٣١ من المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب وفي لجنة مجلس الشــيوخ اســتبدلت عبارة " أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة " بعبارة " أن التقدير كان فادحاً " تفيد أن التقدير غير ممكن تحمله مع أن المقصــود هو أن التقدير غير متناســب فتكون العبارة الأولى أقرب إلى الإفصاح عن المقصود وأصبح رقم المادة ٢٢٤ ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٧١ ــ ص٥٧٢)

﴿ الشـــرح ﴾

- اثبات انتفاء الضــرر : **لما كان العقد شـريعة المتعاقدين فإن الشـرط الجزائي تحققت شـروط انطباقه كان ملزماً للعاقدين والقاضـي أي يحمل على القاضـي أن يحكم على المدين الملتزم بالتعويض بالمبلغ المنصوص عليه في الشرط الجزائي دون زيادة أو نقصــان بقطع النظر مقدار الضــرر الذي أصــاب الدائن (عزمي البكري ص٧٢٤) ولكن إذ لم يصب الدائن ضرر جراء تقصير المدين فلا يقضي له بهذا التعويض كما أنه لا يستحق تعويضاً وفقاً للقواعد العامة أيضاً ،وبمقتضى الشرط الجزائي ينتقل عبء الإثبات إلى المدين فلا يكلف الدائن إثبات الضــرر الذي أصــابه ، لأنالضــرر أصبح مفترضاً باتفاق المتعاقدين ولذلك يتحمل المدين إثبات انتفاء الضرر وله ذلك بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن ومن القرائن وســكوت الدائن مدة طويلة عن المطالبة بالتعويض ويعتبر طلباً جوهرياً تلتزم المحكمة بالرد عليه إذا رفضــته ، طلب المدين احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات انتفاء الضــرر ، فلا يكفي بالنسبة له الرفض الضمني فإن كان لا غنى عن هذا الطلب لتكوين عقيدة المحكمة ،**

تعين عليها قبوله وإلا فإنها تكون قد أخلت بدفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى مما يجعل حكمها مشـــوباً بالبطلان ومتى أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضـــرر تعين علبيهما أنتمكن الدائن من نفي ما قد يثبته المدين وحينئذ لا يتحمل الدائن عبء الإثبات إلا إذا أثبت المدين انتفاء الضرر ، فإذا عجز المندين عن هذا الإثبات ووقف الدائن موقفاً سلبياً التزمت المحكمة بأحكامالشـــرط الجزائي فإن قررت بالرغم من ذلك بانتفاء الضـــرر رغم أنهمفترض كان حكمها مخالفاً للقانون (أنور طلبه ص٣٠٩) .

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " **التعويض الاتفاقي – حكمه في ذلك حكم التعويض القضـائي – لا يجوز القاء به إلا إذا توافرت أركان المسئولية من خطأ وضـرر وعلاقة سببية طبقاً للقواعد العامة ، قصارى ما في الأمر أن الاتفاق مقدماً على قيمة التعويض عن الإخلال بـالالتزام العقدي – تنفيذاً أو تـأخيراً – يجعل الضـــرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته" (الطعون رقم ١٨٥٩ ، ٢٤٤٤ ، ٢٤٤٧ لســـنة ٧٠ق جلســـة ٢٠٠١/٦/١٢) وبأنه " البين من ملحق العقد المؤرخ أنه نص في البند الخامس منه على أنه ... ومفاد هذا النص أن الطرفين إتفقاً مقدماً على مقدار التعويض الذي تلتزم به الشــركة الطاعنة وحدداه بثمن شــراء الجبن مما مؤاده أن تلتزم محكمة الموضوع بالقضاء به عند ثبوت مسئولية الشركة الطاعنة عن التلف الذي أصاب الجبن مالم تثبت عدم وقومع ضـرر للمطعون ضـده الأول – أو أن التعويض المتفق عليه كان مبالغاً فيه وإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن الشـــركة الطاعنة قد أخلت بالتزامها بالحفظ ولم تبذل في سبيل ذلك عناية الشخص العادي واعتبرها مسئولة عن التعويض فإنه كان يتعين عليه عند تقدير التعويض عن الجبن التالف أن يلتزم بالثمن الذي دفعه الأخير للحصول عليه باحتساب التعويض المتفق عليع مقدماً وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك رغم اشـارته في مدوناته إلى نص البند الخاص به فإنه يكون فضـلاً عن تناقضـه قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضـه" (الطعن رقم ٦٦١ لسـنة ٤٩ق جلسـة ١٩٨٤/٢/٦) وبأنه " لا يكفي لاسـتحقاق التعويض الاتفاقي مجرد توافر ركن الخطأمن جانب المدين بالالتزام وإنما يشـترط أيضـاً توافر ركن الضـرر في جانب الدائن فإذا أثبت المدين انتفاء الضـرر سقط الجزاء المشروط"(الطعن رقم ١٠٢ لسنة ٣٤ق جلسـة ١٩٦٧/١١/١٤) وبأنه" متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن أخل بالتزامه بتوريد باقي كمية " التبن" المتعاقد عليها فيكون مسـئولاً عن التعويض وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض فإن هذا الشرط الجزائي يقتضـي أن يكون على الطاعن عبء إثبات أن مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد "(جلســة ١٩٧٤/١٢/١٢ س٢٥ ص١٤٢٧) وبأنه " مؤدى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني الخاصـة بالتعويض الاتفاقسـي – وعلى ما جرى به قضـاء محكمة النقض – أنه متى وجد شـرط جزائي في العقد فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضـرر واقعاً في تقدير المتعاقدين ، فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدين عبء إثبات أن الضـــرر لم يقع أوأن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اثبت وجود اتفاق بين الطرفين في عقد الصـــلح على التزام من يخل به بأن يدفع تعويضـــاً قدره ... كما اثبت إخلال الطاعنات بذلك العقد إذ طعن فيه ولم ينفذنه وكان لا يبين من الأوراق أن الطاعنات قد أثبتن أمام محكمة الموضـــوع بأن الطعون ضـدهم لم**

يلحقهم ضـــرر فإن الحكم المطعون فيه إذ قضـــى بالزامهن بتعويض إعمالاً للشـــرط الجزائي لا يكون قد خالف القانون أوجاء قاصراً في التسبيب (جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ س٢٤ ص١٢٧٤) وبأنه" وإذا كان الشرط الإضافي الوارد في العقد قد الزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التي لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائءن بإثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) في هذه الحالة عبء انتفاء اثبات الضرر اعمالاً للشرط الجزائي على ما جرى به قضاء محكمة النقض" (جلســـة ١٩٥٩/١١/١٢ س١٠ ص٦٤١) وبأنه " متى كان الطاعن قد اتفق مع المطعون عليه أن يحصل من ابنه على اجازة العقد الخاص باشراكه في إدارة عمل رســـا على ابن الطاعن كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض وكان مقتضى هذا الشرط الجزائي أن يكون على الطاعن الذي أخل بالتزامه – فحق عليه التعويض – عبء اثبات أن ابنه قد خســر في الصــفقة وأنه بذلك لايكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم اشراكه في العمل المذكور وكان بين منالأوراق أن الطاعن قصـــر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خســـر في الصفقةدونتقديم ما يؤيد ذلك فيكون فيما جاء بالحكم بناء على الأسباب التي أوردها من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ، الرد الكافي على ما ينعى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضـــرر "(الطعن رقم ٢٢١ لســـنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١١/٣٠)

- العبرة في الشـــرط الجزائي بالعقد النهائي دون الابتدائي **: لما كان العقد النهائي دون الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خحلاى من النص على الشـــرط الجزائي الوارد بالعقد الابتدائي فإن ذلك يدل على أن الطرفين قد عدلا عنه .**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" العقد النهائي دون الابتدائي هو الذي تســـتقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشـــرط الجزائي الوارد بالعقد الابتدائي أو الإحالة إليه فإن ذلك يدل على أن الطرفين قد عدلا عن هذا الشـــرط وانصـــرفت نيتهما إلى عدم التمســـك به أو تطبيقه" (الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٨/١/٩)**

- بطلان شـــرط من العقد لا تمتد إلي الشـــرط الجزائي **:إذا تبين للمحكمة أن همناك بطلان في شـــق من العقد فإن هذا البطلان لا يمتد للشـــرط الجزائي بل يظل الشـــرط الجزائي صحيحاً مع الشق الصحيح.**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضـــى بإبطال العقد الالبتدائي المؤرخ ١٩٨٠٢/١٢/٣١ بالنسبة لمساحة ٢٠س ١٨ط من إجمالي الأطيان البالغ مساحتها ٤ط ١ف فإن بطلان هذا الشق لا يترتب عليه بطلان العقد كله مادام أن الطاعن بصفته لم يقم الدليل على أن الشـــق الباطل لا ينفصـــل عن جملة التعاقد ،وعلى ذلك فإن العقد الابتدائي سالف البيان يظل صحيحاً في باقي بنوده ومنها البند التاسع منه الذي تضمن النص على الشرط الجزائي في حالة عدم إتمام البيع لأي سبب مادام يثبت أن المطعون ضـــدهم الســـتة الأول قد ارتكبوا غشـــاً أو خطأ حســـبما ،وإذا التزم الحكم**

المطعون فيه هذا النظر وأعمل الشرط الجزائي الكنصوص عليه في العقد فإنه يكون قد طبق صحيح القانون " (الطعن رقم ٦٦٧٠ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٦)

- المطالبة بالشـرط الجزائي بطريق الدعوى ، وفي ذلك قضـت محكمة النقض بأن **" الإقرار الصادر من المطعون ضده – سند الدعوى – المتضامن التزامه بسداد المبلغ المطالب به للطاعنة إذا لم يعمل لديها منذ خمس سـنوات فور تخرجه لا يعدو أن يكون في حقيقته تعويضـاً اتفاقياً عن الإخلال بالالتزام الوارد بهذا الإقرار فلا تتوافر للمطعون به شرط استصدار أمر الأداء ويضحى السبيل إليه هو الالتجاء إلى الطريق العادي لرفع الدعوى وإذا١ خالف الحكم المطعون فيه النظر وأيد الحكم الابتدائي فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون وخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٣١٤١ لسـنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٧)**
- سلطة القاضـي في تعديل الشـرط الجزائي : **الأصل أنه إذا تحققت شـروط الشـرط الجزائي وكان هناك تناسـب بين التعويض المتفق عليه والضـرر الواقع تعين على القاضـي الحكم بالمبلغ المتفق عليه دون زيادة أو نقصـان ،وسلطة القاضـي في هذا الشأن مطلقة لا معقب عليها من محكمة النقض ، غيرلا أنه استثناء من هذا الأصل أجاز المشرع في حالات معينة للقاضي تعديل الشرط الجزائي بالتخفيض أو بالزيادة ، وهذه السلطو الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص ،ونص المادة ٣/٢٢٤ صريح في بطلان كل اتفاق يقصد به منع القاضي من النظر في أمر استبعاد الشرط الجزائي إذا لم يلحق الدائن ضرر ، أو من تخفيض مقداره في الحالات الجائز فيها ذلك (أنور سلطان ص٢٠٥)**
- حالتان يجوز فيها للقاضـي خفض الشـرط الجزائي : الحالة الأولى : **إذا اثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه والحكمة من هذا الاستثناء واضحة لأنه إذا كان الشرط الجزائي قد اشترط لحالة عدم تنفيذ المدين الكامل التزامه فالعدالة تقضي بألا يلزم بجملة المبلغ المتفق عليه إذا كان قدنفذه تنفيذاً جزئياً بل أن في تخفيض الشـرط الجزائي احترام لأرادة المتعاقد في هذا الشـأن ويجرى التخفيض في هذه الحالة بنسـبة مانفذ من الالتزام ، بمعنى أن القاضـي ينقص المبلغ المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب والجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام (أنور سلطان ص٢٠٢)**

وقد قضـت محكمة النقض بأن **" وجود الشـرط الجزائي يفترض معه أنتقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضي أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضـرر فعندئذ لا يكون التعويض الاتفاقي مسـتحقاً أصـلاً أو إذا ً أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يخفض التعويض المتفق عليه" (الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٥) وبأنه" إذا كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفقا في شروط المزايدة على أن لوزارة التموين – الطاعنة – أن تصـادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رسـو المزاد عليه وإعادة البيع على ذمته حينا أو إذا تأخر عن سـحب المقادير المبيعة أو بعضـها في المواد المحددة فضـلاً عن التزامه بأجرة التخزين والمصـاريف الإدارية والفوائد بواقع ٧% سنوياً وكان هذا الذي حدداه جزاء لإخلال المطعون عليه بالتزاماته إنما هو شرط جزائي**

يتضمن تقديراً للتعويض ، فمن ثم يجوز للقاضي عملاً بالمادة ٢٢٤ من القانون المدني أن يخفضـــه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه " (الطعن رقم ٧١ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠) وبأنه " التعويض الاتفاقي وفقاً لما تقضـــي به المادة ٢٢٤ من القانون المدني يخضـــع لتقدير قاضي الموضوع فيجوز أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي نفذ في جزء منه مما يكون معه هذا التعويض قابلاً بطبيعته للمنازعة من جانب المدين " (الطعن رقم ٣١٤١ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/١٢/٧)

- الحالة الثانية : في التنفيذ الجزئي : **يوضـــع الشـــرط الجزئي عادة لحالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أصـــلاً فإذا كان المدين قد قام بتنفيذ جزء من التزامه فإن القاضـــي يكون قد احترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشـرط الجزائي بنسـبة ما نفذ المدين من التزامه ويعتبر الأسـاس هو المبلغ المقدر في الشـرط الجزائي فيخفض هذا المبلغ إلى النسـبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ الالتزام الأصـلي ويقع عبء إثبات التنفيذ الجزئي على المدين وقد يتفق الطرفان على اسـتحقاق الشـــرط الجزئي إذا لم ينفذ المدين الالتزام الأصلي تنفيذاً سليماً سواء كان ذلك بأن لم ينفذه أصلاً أو نفذه تنفيذاً معيناًوفي هذه الحالة يستحق الشرط الجزائي كله إذا كان هناك عيب في التنفيذ نزولاً على اتفاق الطرفين ،ولكن إذا كان هذا العيب غير جســـيم بحيث يكون الشرط الجزائي كتعويض عنه مبلغاً فيه إلى درجة كبيرة جاز للقاضصي تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد المناسب (السنهوري ص٧٨٣)**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" إذا كانت واقعة الدعوى محكومة بالقانون المدني القديم وكان المدين قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن تنفيذ بعضها الآخر فيعتبر تقصيره في هذه الحالة تقصيراً جزئياً يجيز للمحكمة أن تخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي الذي لحق الدائن ولا محل للتحدي بظاهر نص المادة ١٢٣ من القانون المدني القديم ذلك أن مجرد إنزال حكم هذا النص أن يكون عدم الوفاء كلياً " (الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٢١ق وطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٢/١٧) وبأنه " إذا اتفق في عقد بيع بضاعة على شرط جزائي وقرر الحكم أن كلا الطرفين قد قصر في التزامه وقضـي لأحدهما بتعويض على أساس ما لحقه من خسـارة وما فاته من ربح بسـبب تقصـي الطرف الآخر وحدد هذا التعويض على أساس ربح قدره بنسبة معينة من ثمن البضاعة – فإن من مقتضى ما قرره الحكم من وقوع تقصير من المحكوم له أيضاً أن يبين مقدار ما ضاع عليه من كسب وما حل به من خسارة بسبب تقصير المحكوم عليه وأن يحمله مقدار ما حل به من خسارة وما ضاع عليه من كسب نتيجة تقصيره هو – فإذا كان الحكم لم يبين ذلك ولم يذكر العناصر الواقعية التي بنى عليها تحديد التعويض على أســـاس الربح الذي قدره – فإنه يكون مشوباً بالقصور " (طعن رقم ٩٢ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١٢/١٩) وبأنه " لا محل للحكم بما تضمنه الشرط الجزائي مادام الحكم قد أثبت أن كلا من المتعاقدين قد قصر في التزامه " (طعن رقم ٩٢ لسـنة ٢٣ق جلسـة ١٩٥٧/١٢/١٩) وبأنه " إذا كان الثابت من وقاع النزاع أن المدين (البائع) قد نفذ بعض الأعمال التي التزم بها وتخلف عن توريد باقي الأقطان المتفق عليها للمشـتري فإن تقصـيره في هذا الشـأن يكون تقصـيراً**

جزئياً يبيح للقاضـــي – على ما جرى به قضـــاء محكمة النقض – أن يخفض التعويض المتفق عليه إلى الحد الذي يتناســـب مع مقدار الضـــرر الحقيقي الذي لحق الدائن مما يدخل تقديره في ســـلطان محكمة الموضـــوع " (الطعن رقم ٣٣٩ لســـنة ٢٧ق جلســـة ١٩٦٢/١٢/٢٧)

كما قضـــت محكمة النقض بأن " إذ كان الثابت من الأوراق أن الطرفين قد اتفقا في شـــروط المزايدة على أن لوزارة التموين – الطاعنة – أن تصـــادر التأمين المؤقت المدفوع من المطعون عليه الأول إذا لم يكمله عند قبول عطائه أو اعتماد رســـو المزاد عليه واعادة البيع على ذمته حينئذ أو إذا تأخر عن سحب المقادير المبيعة أو بعضها في الوعد المحدد فضـــلاً عن التزامه بأجرة التخزين والمصـــاريف الإدارية والفوائد بواقع ٧% سنوياً وكان هذا الذي حدداه جزاء لاخلال المطعون عليه بالتزاماته إنما هو شـرط جزائي يتضـــمن تقديراً اتفاقياً للتعويض فمن ثم يجوز للقاضـــي عملاً بالمادة ٢٢٤ من القانون المدني أن يخفضه إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصـــلي نفذ في جزء منـه "(الطعن رقم ٧١ لســـنـة ٣٦ق جلســـة ١٩٧٠/٤/٣٠) وبأنه " متى كان يبين من الحكم أن المحكمة لم تأخذ بشـــرط التعويض الجزائي المتفق عليه بالعقد وقدرت التعويض الذي طلبت المطعون عليها الحكم به على الطاعنين بمبلغ معين بناء على الاعتبارات التي ا ستمدتها من واقع الأوراق المقدمة في الدعوى ورأت معها أنه تعويض عادل مناســـب للضـــرر الذي لحق المطعون عليها فإن هذا الذي أخذت به المحكمة لا عيب فيه لدخوله في ســـلطتها الموضـــوعية واســـتقلالها بتقديره ولا تثريب عليها إذ هي لم تر – وأن كانت المادة تجارية – موجباً لتكليف المطعون عليها تقديم دفاترها أو الأخذ بالمقارنات التي أورها الطاعنان في مذكرتهما أكتفاء بالاعتبارات التي استندت إليها في تقدير التعويض إذ الأمر بتقديم الدفاتر في هذه الحالة جوازي لها "(الطعن رقم ١٠لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٣/٢٧) وبأنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن أخل بالتزامه بتوريد باقي كمية ... المتعاقد عليها فيكون مســـئولاً عن التعويض وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض فإن هذا الشرط الجزائي يقتضى أن يكون علىى الطاعن عبء اثبات أن مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد" (الطعن ٥٠٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١٢/١٢) وبأنه" وإن مؤدى حكم المادة ٢٢٤ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – أنه متى وجد شـــرط جزائي في العقد فإن تحققه يجعل الضـــرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدين عبء اثبات أن الضـــرر لم يقع أو أن التعويض مبالغ فيه إلى درجة كبيرة "(الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٣) وبأنه " إذا كان الشرط الإضافي الوارد في العقد قد

الزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التي لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضـــرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على المدين عبء اثبات أنتفاء الضرر اعمالاً للشرط الجزائي – على – ما جرى به قضاء محكمة النقض" (الطعن رقم ٥٢ لســة ١٥ق جلســة ١٩٥٩/١١/١٢) وبأنه " وجود الشــرط الجزائي يفترض معه أن تقدير التعويض فيه متناسب مع الضرر الذي لحق الدائنوعلى القاضـي أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت أصلاً ، أو إذا أثبت المدين أن التقديركان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وفي هذه الحالة يجوز للقاضـــي أن يخفض التعويض المتفق عليه" (الطعن رقم ٥٦٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٥) وبأنه " وتقضي المادة ٢٢٤ من القانون المدني بأنه " لا يكون التعويض الاتفاقي مســـتحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضـــرر ويجوز للقاضـــي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصـــلي قد نفذ جزء منه ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين" وإذا كان قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ الذي يحكم واقعة الـدعوى لا يمنع من تطبيق هـذا النص على التعويض المتفق عليـه بين المحامى وموكله في حالة عزله من الوكالة ، لما كان ذلك فإن مبلغ الـ ٥٠٠٠ ج المتفق عليه بين مورث المطعون ضدهم وبين الطاعنة كشرط جزائي على اخلالها بالتزامها بعد عزله قبل اتمام العمل دون سـبب يدعو لذلك لا يكون مسـتحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يصيبه ضرر ،وإذا لم يثبت ذلك وأصبح التعويض مستحقاً فإنه يخضع لتقدير القضاء بالتخفيض إذا أثبت المدين مبرلاره المنصوص عليه في المادة ٢٢٤ من القانون المدني ،وإذا قضى الحكم على الطاعنة بالمبلغ المذكور باعتبار أنه تعويض اتفاقي محدد لا يقبل المجادلة فإنه يكون أخطأ في تطبيق القانون ،وقد حجبه ذلك عن إخضـــاع هذا التعويض لتقدير المحكمة مما يوجب نقضه "(جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ س٢٦ ص١٧٥٧)

- التمسك بتخفيض الشرط الجزائي دفاع جوهري ، وفي هذا قضت محكمة النقض بأن **" إذا كانت المادة ٢٢٤ من القانون المدني قد أجازت للقاضـــي أن يخفض مقدار التعويض الاتفـاقي إذا أثبت المدين أنه كان مبـالغاً فيه إلى درجة كبيرة و كانت الطاعنة قد تمســكت في مذكرتها المقدمة لمحكمة الاســتئناف بأن مقدار التعويض الاتفاقي مبالغ فيه إلى درجحة كبيرة وطلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك فإن الحكم إذ قضـى بالتعويض الاتفاقي دون أن يعرض لهذا الدفاع رغم أنه جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوباً بالقصور " (الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٠)**

﴿ المـــادة ٢٢٥﴾

" إذا جاوز الضـــرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً **"**.

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية المادة ٢٢٦ سـوري ، المادة ٢٢٨ ليبي ، المادة ٢٦٨ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٣ من المشـروع التمهيدي على وجه مطابق لما اسـتقر عليه في التقنين الجديد وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٢ في المشـروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم ٢٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٧٣ ، ٥٧٥)

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أن **" أما إذا جاوزت قيمة الضـرر مقدار الجزاء فليس للدائن أن يطالب بزيادة هذا المقدار ، إلا إذا أقام الدليل على أنه المدين قد ارتكب غشاً أوخطأ جسيماً ، ذلك أن الشرط الجزائي ، في أحوال الخطأ البسيط ، يكون بمثابة اشـتراط من اشـتراطات الإعفاء من المسـئولية منوجه وغنى عن البيان أن تلك الاشتراطات تكون صحيحة فيما يتعلف بالخطأ التعاقدي البسيط وتبطل فيما يتعلق بالغش والخطأ الجسيم ، وكذلك يكون الحكم إذا قصد من المبالغة في تفاهة مقدار المشروط إلى ستر حقيقة اشـتراط من اشـتراطات الإعفاء المسئولية (انظر المادة ٢٦٧ من التقنين البناني)**

﴿ الشـــرح ﴾

- جواز زيادة الشرط الجزائي **: تقضي المادة ٢٢٥ مدني بجواز زيادة الشرط الجزائي إذا جاوز الضـرر قيمة التعويض وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشـاً أو خطأ جسـيماً كذلك لا يجوز تطبيقاً للقواعد العامة – أن يجعل المدين من الشـرط الجزائي وسيلة للتحايل على قواعد التعديل الاتفاقي للمسئولية فبعض هذه القواعد يعتبر من النظام العام ولا تجوز مخالفته حتى تحت ستار الشرط الجزئي .**
- حالتان لزيادة الشـرط الجزائي : (١) ارتكاب المدين لغش أوخطأ جسـيم : **إذا زاد الضـرر على التعويض المقدر ولكن الدائن أثبت أن المدين قد ارتكب غشـأ أو خطأ جسيماً فإن الشرط الجزائي الذي جاز أن يخفف من مسئولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسئوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم ويمبني على ذلك أن القاضـي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشـرط الجزائي فإن الدائن في اتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسـابه غش المدين أو خطأه الجسـيم ولا ينبغي أن يحسب هذا الحساب ، على أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تضيف إلى ما تقدم أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشـخاص يسـتخدمهم في تنفيذ التزامه وينبني على ذلك أنه يجوز الاتفاق على شرط جزائي يقدر التعويض الذي يستحق من جراء تحقق مسئولية الأشخاص الذين يسـتخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ولا يجوز للقاضـي زيادة هذا التعويض حتى لوجاوز الضـرر المبلغ المقدر ووقع غش أو خطأجسـيم من الأشـخاص الذين اسـتخدمهم المدين في تنفيذ التزامه ، ذلك أن الشـرط الجزائي في هذه الحالة يعتبر اتفاقاً على تخفيف المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من تابعي المدين**

ومثل هذه الاتفاق جائز (السـنهوري ص٧٩٠) (٢) التحايل للإعفاء من المسئولية **:** **الأصـل في الشـرط الجزائي أن يكون تعويضـاً عادلاً في تقدير المتعاقدين كجزاء في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه ولكن قد تؤدي ظروف التعاقد إلى أن النص على شرط جزائي تافه يكون مستحقاً في حالة إخلال المدين بالتزامه إخلالاً تقصيرياً فيقع الشرط باطلاً لمخالفته النظام العام وفقاً لما تنص عليه الفقرةالثانية من المادة ٢١٧ ويكون للقاضــي وقد أبطل الشــرط الجزائي برمته ، أن يقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة ، والبطلان هذا يغاير البطلان المنصـــوص عليه في المادة ٢٢٤ من القانون المدني (أنور طلبه ٣٢٠)**

- مدى تعلق أحكام الشرط الجزائي بالنظام العام **: وقوع ضرر لاستحقاق الشرط الجز ائي وجواز تخفيض هذا الشـــرط للتنفيذ الجزئي أو للمبالغة في التقدير تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وقد نصــت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ من التقنين المدني صـــراحة على ذلك إذ تقول " ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين " ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يضيفا إلى الشرط الجزائي أنه واجب الدفع على كل حال حتى ولو لم يقع ضـــرر أن قام المدين بتنفيذ الالتزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير مبالغ فيه إلى درجة كبيرةو ولو نم الاتفاق على ذلك كان هذا الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام ،وجحاز للقاضي بالرغم من وجوده ألا يحكم بأي تعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضـــرر وأن يخفض الشـــرط الجزائي إذا أثبت المدين أنه قام بتنفيذ الالتنزام تنفيذاً جزئياً أو أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة فالقانون هنا يحمي المدين ويعتبر أن رضـاءه بمثل هذا الاتفاق أقرب إلى الإذعان منه إلى القبول (السنهوري ٧٨٨) .**

﴿ المـــادة ٢٢٦ ﴾

" إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود و كان معلوم المقدار و قت الطلب و تأخر المدين في و فاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن علي ســبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المســائل المدنية وخمســة في المائة في المســائل التجارية ، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢٢٧سوري ، المادة ٢٢٩ ليبي ، المادة ١٧١ عراقي ، المادة ٢٦٥ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا عبارة " وكان معلوم المقدار وقت الطلب " فقد ورد بدلاً منها في المشروع التمهيدي عبارة " وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " وقد أقرت لجنة المراجعة نص المشــروع التمهيدي وأصــبح رقم المادة ٢٣ من المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب وفي لجنة مجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في تخفيف سعر الفائدة ثم استبقى السعر كما ورد في المشروع واقترح حذف عبارة "وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام " حتى تستحق الفوائد على بالمبالغ التي تتم المطالبة بها أمام القضـاء ولو لم يكن مقدارها معلوماً وقت رفع الدعوى كالتعويض عن عمل غير مشــروع مثلاً ، ويستند الاقتراح إلى أن القيد ينافي قاعدة أن الأحكام مقررة للحق وفيه حماية للمماطلة وانتقاص لحق الدائن ولا يبوجد له نظير في التشــريع والمقارن المشـــار إليه في المذكرة الإيضـــاحية ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن المقصود من اشتراط كون الالتزام معلوم المقدار منع سريان الفوائد على المبالغ التي يطالب الدائن بها على ســبيل التعويض عن عمل غير مشــروع والاســتناد إلى قاعدة اعتبار الأحكام مقررة غير وارد إذا إذ يدخل التعويض القانوني عن التأخير في تقدير التعويض القضـــائي فلا يتأثر مركز الدائن من هذا الناحية وقد يكون تقدير التعويض بطبيعته غير ميســور إلا بعد إجراءات طويلة فلا يكون للمدين يد في هذا التأخير وقد اســـتقر القضـــاء على هذا الحكم دون نص ولكن اللجنة رأت من وجهة أخرى تعديل العبارة على النحو الآتي " وكان معلوم المقدار وقت الطلب لأن العبرة في تعيين المقدار بوقت المطالبة لا بوقت نشــوء الالتزام وأصــحبت المادة رقمها ٢٢٦ ووافق عليها مجلس الشــيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضــيرية ٢ ص٥٧٦ وص ص٥٧٨٩ و٥٨٠)

وقد جاء بمذكرة المشــروع التمهيدي أن **" إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قانونية قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ،وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة**

القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ،وهذا كله مالم ينص القانون على غير ذلك .

﴿ الشـــــرح ﴾

- استحقاق الفوائد : **قد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود أياً كان مصدره أي سواء أكان هذا المصدر تصرفاً قانونياً (عقد أو إدارة منفردة أوعملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب) والالتزام بأداء مبلغ من النقود هو دائما من الالتزامات التي يكون التنفيذ العيني فيها ممكنا ومن ثم فإن التعويض عن عدم التنفيذ (أي التنفيذ بمقابل) لا يثور أمره في هذا النوع من الالتزامات وإنما قد يثور موضوع التعويض عن التأخير في التنفيذ ويكون التعويض عندئذ في صورة فوائد وهي تسمى لذلك فوائد التأخير ، ففوائد التأخير إذن هي الفوائد المستحقة عن التأخير في تنفيذ التزام بمبلغ من النقود عن الأجل المحدد لوفائه ، وفوائد التأخير قد تتحدد بمقتضى اتفاق ويكون ذلك في الغالب حيث يكون مصدر الالتزام هو العقد فيتفق الطرفان على أنه إذا تأخر المدين في وفاء المبلغ سرت في حقه الفوائد من يوم الاستحقاق بواقع سعر معين يحدده الطرفان على أنه لا يجوز أن يتجاوز هذا السعر الحد الأقصى الذي يحدده القانون للفوائد ، فإذا لم يحدد الطرفان فائدة تستحق كتعويض عن التأخير فإن القانون يجيز للدائن – رغم عدم الاتفاق – أن يطالب المدين بفائدة عن التأخير ، عندئذ بسعر قانوني حدده المشرع وبشروط بينها (عزمي البكري ص٧٣٩) وبجانب فوائد التأخير التي يلتزم بها المدين إذا قصر في الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له ، يوجد نوع أخر من الفوائد يمكن أن يسمى بالفوائد الاستثمارية (أو الفوائد التعويضية وأكثر ما تصادف هذه الفوائد في عقد القرض حيث يتفق الدائن مع المدين على دفع فائدة معينة مقابل الانتفاع بالمبلغ المقرض ، وكذلك قد تصادف هذه الفوائد الاستثمارية في غير عقد القرض ، فيتفق عليها في البيع مثلاً ، بأن يمهل البائع المشتري في دفع الثمن مقابل فائدة يلتزم بها الأخير حتى معادالوفاء وقد تنقلب الفوائد الاستثمارية أو التعويضية التي يلتزم بها المدين حتى حلول أجل الدين ، إلى فوائد تأخير إذا قصر بعد حلول هذا الأجل في الوفاء بالتزامه ،وتختلف الفوائد الاستثمارية عن فوائد التأخير في أن الأولى دائماً فوائد اتفاقية ، بمعنى أن الدين لا يلزم بها إذلم يكن هناك اتفاق عليها ففي القرض مثلاً إذا لم يتفق على فوائد ا ستثمارية اعتبر قرضاً بغير فائدة وفي هذا تقول المادة ٥٤٢ " على المفترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر " أما فوائد التأخير فتارة تكون اتفاقية اشتراطها المتعاقدان في شرط جزائي ، وتارة تكون قانونية يتولى المشرع تحديدها عند سكوت المتعاقدين عن الاتفاق عليها ،وهذا الاختلاف في المصدر بين هذين النوعين من الفوائد لا يمنع من اتفاقهما من حيث الحد الأقصى للفائدة ، إذ لا يجوز الاتفاق على فوائد استثمارية أو على فوائد تأخير تزيد على الحد الأقصى المسموح به قانوناً وهو ٧% .(أنور سلطان)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" الفوائد هي تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي ثبت قيامها بين الطرفين والتي تستحق من تاريخ المطالبة الرسمية عملاً بنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني**

التي تقرر حكماً عاماً لاستحقاق فوائدالتأخير عن الوفاء بالالتزام إذا كان محله مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب وتأخير المدين في الوفاء به وإذا رفض الحكم القضـاء بهذه الفوائد دون أن يبين ســبب الرفض ولم يفصــح عما إذا كان ما قدره من أجر قد روعى فيه تعويض الطاعن عن التأخير في الوفاء بالأجر المحكوم له به أملا فإنه يكون قاصر التسبيب بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص" (الطعن رقم ١١٢ لسنة ٣٥ق جلسـة ١٩٦٩/١٢/٢٥ ، الطعن رقم ٤٩٣ لســنة ٥١ق جلســة ١٩٨٨/٦/٢٦) وبأنه "مؤدى نصــوص المادتين ٢٢٦ ، ٢٢٧ من التقنين المدني يدل على أن هناك نوعين من الفوائـد :١- فوائـد تـأخيريـة للتعويض عن التـأخير في الوفـاء بمبلغ من النقود وتعويض الضرر الذي يفترض القانون وقوعه كنتيجة مباشرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه .٢- والفوائد التعويضــية يلتزم بها المدين في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن وحتى تســتحق الفوائد بنوعيها يجب أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ولا عبرة بمصـدر الالتزام فقد يكون هذا المصـدر عقداً أو غير عقد وقد قام الشارع بتحديد مقدار التعويض سواء كان تعويضاً عن التأخير في دفعه أوكان تعويضـاً عن الانتفاع برأس المال في صـورة فوائد بتحديد سـعر قانوني وســعر اتفاقي وبذلك فإن الفوائد بنوعيها تعويض للدائن عن احتباس ماله من التداول ومن ثم فلا مجال للتفرقة بين النوعين من الفوائد" (الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٤) ، وبأن "مفاد نص المادتين ٢٢٦ ،٢٢٧ من القانون المدني – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – أن هناك نوعين من الفوائد١- فوائد تأخيرية للتعويض عن التأخير في الوفاء بمبلغ من النقود وتعويض الضـرر الذي يفترض القانون وقوعه كنتيجة مباشــرة لتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه . ٢- والفوائد التعويضــية يلتزم بها المدين بناء على اتفاق بينه وبينه الدائن مقابل انتفاعه بمبلغ من النقود يكون في ذمته للدائن ولم يحل بعد أجل استحقاقه ولما كان الواقع الثابت في الدعوى أن الطاعن لم يدع أن لاالفوائد التعويضــية التي حددها بنســبة ٢% من جملة المبلغ المطالب به كان بناء على اتفاق بينه وبين المطعون ضــد ها مقابل انتفاعها بذلك المبلغ الذي في ذمتها له وإنما أسس طلبه لتلك الفوائد على تعويض الضرر الناشئ عن تأخر المطعون ضدها في الوفاء بذلك المبلغ في ميعاد اســتحقاقه له وما رتبه ذلك من حرمانه منن الانتفاع به واســتغلاله في شــتى أغراضــه ، مما تكون معه الفوائد المطالب بها في حقيقتها فوائد قانونية عن التأخير في الوفاء بالالتزام أياً كان الوصف أو التسمية التي أسبغتها الطاعن عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي تتبينه من واقع الدعوى وترى أنه ينطبق عليه لتنزل لحكم القانون على ما يثبت لديها أنه هو التكييف الصـحيح فإن الحكم المطعون فيه إذ إنتهى في حدود ســلطته في فهم الواقع في الدعوى وتكييف الطلبات المطروحة عليها اعتبار طلب الطاعن الحكم له بالفوائد القانونية والتعويضــية عن المبلغ المطالب به طلباً واحداً ورتب على ذلك قضــائه برفض طلب الحكم بالفوائد التعويضـية عن المبلغ المضـي به بعد القضـاء له بفوائد تأخيرية عنه بما يكفي لحمله ويتضــمن الرد الضــمني المســقط لكل طلب أو حجة تخالفه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو عاره بالقصـور" (الطعن رقم ١٢٦٦ لسـنة ٦٠ق جلسـة ١٩٩٤/١١/٢٤ ، الطعن رقم ١٣٩١ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/١٢/١٣ ، الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٥٦ق

جلسة ١٩٨٩/٥/٢٩ ، الطعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢٢، الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٤) وبأنه " إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها سبق أن أقامت على الشركة الطاعنة الدعوى ١٧١٠٩ لسنة ١٩٩٢ مدني جنوب القاهرة الابتدائية بطلب الزامها بمبلغ التأمين بالإضافة إلى الفوائد التأخيرية فقضى لها بها بحكم حاز قوة الأمر المقضـي بذلك المبلغ وفائدة نسـبتها ٤% من تاريخ المطالبة القضائية حتى تمام السداد عن التأخير في غالوفاء ، وإذا كانت طلبات المطعون ضدها في الدعوى المطروحة هي التعويض عن الأضـرار التي أصـابتها من جراء التأخير في صرف مبلغ التأمين ذاته مدة شارفت على الخمس سنوات ولما كانت الفوائد التأخيرية المنصـوص عليها في المادة ٢٢٦ من القانون المدني – وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون – ترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخير في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود فإن الدعويين ١٧١٠٩ لسـنة ١٩٩٢ ، ١١٤٣٩ لسـنة ١٩٩٦ مدني جنوب القاهرة تكونان قد اتحدتا خصـوماً ومحلاً وسـبباً مما كان يوجب على المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه – وقد قدمت لها المطعون ضدها نفسها الحكم السابق صدوره لصالحها في الدعوى الأولى – أن تقضي بعدم جواز نظر الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها عملاً بالمادة ١٠١ من قانون الإثبات وإذا خالف هذا النظر إذ عاودت الحكم للمطعون ضدها بتعويض عن الاضرار ذاتها السابق تعويضها عنها فإن حكمها يكون معيباً "(الطعن رقم ٤٣٠١ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/١١/١٧، الطعن رقم ٩١ لسـنة ٦٠ق جلسـة ١٩٩٤/٦/٢٣) وبأنه " التفرقة بين نوعي الفوائد التعويضـية والتأخيرية باعتبار أن الأولى وحدها هي التي يجب للحكم باسـتحقاقها أن يكون الدين معلوم المقدار وقت الطلب لا أسـاس لها في القانون ذلك أن الفوائد التعويضـية وإنكان يلزم بها المدين بناء على اتفاق بينه وبين الدائن مقابل انتفاعه بمبلغ من النقود لم يحل بعد اسـتحقاقه في حين أن الفوائد التأخيرية لا تسـتحق إلا عن دين حل أجل الوفاء به وتأخر المدين في أدائه إلا أنه بيشـترط في الحالتين أن يكون محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود معلوم المقدار مقدماً سواء في ذلك بالنسبة للديون المؤجلة المتفق على فوائد بالنسـبة لها أو الديون الحالة التي يحصـل التأخير في الوفاء بها" (الطعن رقم ١٢٥ لسـنة ٣٢ق جلسـة ١٩٦٦/١١/١) وبأنه " الأصـل في اسـتحقاق الفوائد القانونية أن تكون تأخيرية مالم يفصـح عنها الحكم ويبين حقيقتها بياناً مميزاً مسـتنداً إلى علة " ((الطعن رقم ١٣١ و٣٧٧ لسـنة ٢٢ق جلسـة ١٩٥٥/١/٣) وبأنه " وإن كانت الفوائد التعويضـية على ما يبين من المادة ٢٢٧ من القانون المدني ليس لها إلا سـعر واحد وهو السـعر الاتفاقي الذي يحدده الطرفان إلا أن ذلك لا يمنع من اعتبار السـعر القانوني معبراً عن ارادتهما إذا لم يفصح الطرفان عن ذلك "(الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢)

- شروط استحقاق فوائد التأخير :يشترط لاستحقاق فوائد التأخير توافر الشروط الآتية:
  ١- وجود التزام بدفع مبلغ من النقود **: سـبق أن أشـرنا إلى أن التعويض القانوني يتحدد نطاقة باللتزامات التي يكون محلها مبلغاً من النقود ، إذ من الجائز أن تكون هناك فوائد مسـتحقة إذا توافرت شـروطها ، وبناء على ذلك فإنه لا عبرة بمصـدر الالتزام فقد يكون هذا المصـدجر عقداٍ وهو الغالب مثل ذلك التزام المقترض برد**

النقود التي اقترضها والتزم المشتري بدفع الثمن والتزم المستأجر بدفع الأجرة إذا كانت نقوداً والتزام الشريك بتقديم حصته في الشركة إذا كانت هذه الحصة مبلغاً من النقود وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد كالالتزام برد غير المستحق إذا كان ما دفع دون حق نقوداً والالتزام بدفع النفقة إذا قدرت مبلغاً من النقود كما هي العائدة . (السنهوري ص٧٩٧) ٢- أن يكون مبلغ النقود معلوم المقدار عند الطلب : لا تسري الفائدة التأخيرية إلا إذا كان المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب ، وليس المقصود بهذا الشرط أن يكون الدين خالياً من النزاع وقت الطلب لأن فهمه على هذا الوجه يجعل سريان فوائد التأخير رهناً بمشيئة المدين إذ يكفيه لمنع سريانه أن ينكر الدين أو ينازع فيه ولا يعقل أن يقصد المشرع ذلك ، وذلك ليس المقصود به أنه يتحقق بمجرد تحديد الدائن في عريضة دعواه المبلغ الذي يطالب به مدينه لأن ذلك يجعل سريان الفوائد رهنابإرادة الدائن وهذا لا يجوز ، وإنما المقصود به أن يكون الدين ولو لم يكن خالياً من النزاع فيما يتعلق بثبوته ممكنا تقديره على أسس ثابتة لا تحتمل خلا فاً أو تفاوتاً كبيراً ولو لم يكن الدائن قد حدد مقدار الدين في الطلب إذ لا عبرة بتحديد الدائن وإنما المعول عليه الأسس الثابتة التي يقوم عليها تقدير الدين . (اسماعيل غانم ص١٣٦ ، سليمان مرقص ص١٥٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن" المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط سريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في تحديده لمطلق تقدير القضاء أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة في التقدير فإنه يكون معلوم المقدور وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدود النطاق ومقصورة على حسم النزاع في حدود الأسس المتفق عليها "(الطعنان ١٨٨، ١٩٣ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٣٢٥ جلسة ١٩٧٦/٦/١٤ ، الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص ١٣٢٥جلسة ١٩٧٤/٢/٥، الطعن رقم الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٣٨ق س٢٥ ص ١٣٢٥ ١٩٧٠/٤/٣٠ ، الطعن١١٢ رقم لسنة ٣٥ق س٢٠ ص١٣٢٢ جلسة ١٩٦٩/١١/٢٥) وبأنه " تشترط المادة ٢٢٦ من القانون المدني لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ،ويدخل في هذا النطاق مقابل الاجازة وبدل الإنذار ومكافأة نهاية الخدمة إذ هي محددة بمقتضى قانون عقد العمل الفرلدي وليس للقاضي سلطة تقديرية في تحديدها وبالتالي فهي لا تعتبر في حكم التعويض " (طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١/٨) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني والأعمال التحضيرية لهذه المادة أن تسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إلا على المبالغ التي تكون معلومة المقدار أن يكون الدعوى والمقصود كون محل محل الالتزام معلوم أن يكون تحديد مقداره على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة وهذا التعويض هو مما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره ، فإن تحديد الالمالك ما يطلبه في صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي يقصده القانون وإنما يصدق عليه هذا

الوصـف بصــدور الحكم النهائي في الدعوى " (طعن رقم ٣٣٠ لسـنة ٢٩ق جلسـة ١٩٦٤/٦/٢٥) وبأنه "إذ اشـترطت المادة ٢٢٦ من القانون المدني لاسـتحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب فإن المبالغ المحكومة بها هي مرتب شـهر والمكافأة السـنوية ومقابل اجازة السـنة الأخيرة ومكافأة نهاية الخدمة مما يدخل في هذا النطاق إذ هي محددة بمقتضــى قانون عقد العمل وليس للقاضي سلطة تقديرية في تحديدها" (طعن رقم ٣٣٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥) وبأنه "المقصـود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشـرط لسـريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضـــائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضـاً خاضـعاً في تحديده لمطلق تقدير القضـــاء أما حيث يكون التعويض مســتنداً إلى أســس ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون للقضـــاء ســــلطة رحبة في التقدير فإنه يكون معلوم المقدور وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره إذ ليس من شـأن منازعة المدين إطلاق يد القضـــاء في التقدير بل تظل سـلطته التقديرية محدود النطاق ومقصورة على حسم النزاع في حدود الأسس المتفق عليها " (الطعنان ١٨٨، ١٩٣ لسـنة ٤٢ق جلسـة ١٩٧٦/٦/١٤) وبأنه " تشـترط المادة ٢٢٦ من القانون المدني لاســـتحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب والمقصـود بكون الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – أن يكون تحديد مقداره قائماً على أســـس ثابتة لا يكون معها للقضـــاء سـلطة في التقدير وإذا كان التعويض المسـتحق للطاعنين عن حرمانهم من الانتفاع بالمنشآت المراد إقامتها مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإن تحديدهم لما يطلبونه في صـحيفة دعواهم لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصــده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصـف بصـدور الحكم النهائي في الدعوى فلا تسـري الفائدة عليه إلا من تاريخ صــدور الحكم النهائي " (الطعنان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسـنة ٣٩ق جلســة ١٩٧٦/١٠/٣٠) وبأنه "لما كانت المادة ٢٢٦ من القانون المدني لاســتحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب والمقصود بكون الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت عجز في البضــاعة موضــوع الدعوى وقدر في حدود ســلطته الموضــوعية ما ارتآه مناســباً من تعويض فإن مفاد ذلك أن التعويض المقضــي به لم يكن معلوم المقدار وقت رفع الدعوى مما يتعين معه ســريان الفوائد اعتباراً من تاريخ صــيرورة الحكم به نهائياً وإ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٢٠٤٣ لسـنة ٥٩ق جلسـة ١٩٩٦/٢/١) وبأنه " المقرر في قضـــاء هذه المحكمة أن مؤدى نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني أن الفوائد القانونية تسـري من تاريخ المطالبة القضـائية كلما كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب بمعنى أن يكون تحديده مقداره قائماً على أســس ثابتة ولا يكون معها للقضـــاء ســلطة في التقدير لما كان ذلك وكان المبلغ المقضـي به والمطالب بالفوائد القانونية عنه عبارة عن رسـوم جمركية مسـتحقة على اسـتيراد المطعون ضـده لسـيارة تحت نظام الإفراج المؤقت ومحدد نسـبتها وأســاس

تقديرها بمقتضى القانون ٦٦ لسنة ٦٣ والقرار الوزاري رقم ٦ لسنة ١٩٦٨ بما لم يعد معه للقضاء سلطة في التقدير وبالتالي فإن الفوائد القانونية المستحقة تسري من تاريخ المطالبة به " (الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/٣/١٤) وبأنه "تشترط المادة ٢٢٦ من القانون المدني لسريان الفوائد التأخيرية أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب والمقصود بكون الالتزام معلوم المقدار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير وإذا كان التعويض المطلوب هو مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإن تحديدهم لما يطلبونه في صحيفة دعواهم لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائي في الدعوى ولا تسري الفائدة عليه إلا من تاريخ صدور الحكم النهائي " (الطعن رقم٥٤٢لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٤) وبأنه "المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في تحديده لمطلق تقدير القضاء أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون للقضاء سلطة رحبة في التقدير فإنه يكون معلوم المقدور وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدود النطاق ومقصورة على حسم النزاع في حدود الأسس المتفق عليها" (الطعن رقم ١١٦٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤) وبأنه "مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني أن تسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إلا على المبالغ التي تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى متى كان تحديدها قائماًعلى أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، ولو نازع المدين في مقدارها أما إذا كان المبلغ المطالب به تعويضاً مما يخضع في تحديده للسلطة التقديرية للمحكمة فإنه لا يكون معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي يقصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائي في الدعوى فتسري عليه الفائدة من تاريخ صدوره "(الطعن رقم ٢١٩٣ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦) وبأنه " مؤدى نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني –وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الفوائد القانونية تسري من تاريخ المطالبة القضائية كلما كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب بمعنى أن يكون تحديده مقداره قائماً على أسس ثابتة ولا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير لما كان ذلك وكان الالتزام محل المنازعة عبارة عن الرسوم الجمركية المستحقة عن النقض غير المبرر في مشمول رسالة التداعي والمحدد نسبتها وأساس تقديرها بمقتضى القوانين والقرارات المنظمة لها بما لم يعد معه للقضاء سلطة في التقدير وبالتالي فإن الفوائد القانونية المستحقة تسري من تاريخ المطالبة به "(الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠) وبأنه "المقصود بكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب كشرط لسريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية وفقاً لنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ألا يكون المبلغ المطالب به تعويضاً خاضعاً في تحديده لمطلق تقدير القضاء أما حيث يكون التعويض مستنداً إلى أسس ثابتة باتفاق الطرفين بحيث لا يكون

للقضـاء سلطة رحبة في التقدير فإنه يكون معلوم المقدور وقت الطلب ولو نازع المدين في مقداره إذ ليس من شأن منازعة المدين إطلاق يد القضاء في التقدير بل تظل سلطته التقديرية محدود النطاق ومقصورة على حسم النزاع في حدود الأسس المتفق عليها" (طعن رقم ١١٦٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٦/٢/٢٤، الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٤٨ س٣٢ ص٢٢٤٦ جلسة ١٩٨١/١٢/٨ ، الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٠ق س٢٩ ص١٤١١ جلسة ١٩٧٨/٦/٧، الطعن رقم ٤١ لسنة ٢٥ق س١٢ ص٧٢ جلسة ١٩٦١/١/٢٦) وبأنه " أحكام محكمة النقض مستقرة بأن تاريخ الحكم النهائي بالتعويض عن العمل غير المشروع هو الوقت الذي يصح فيه محل الالتزام معلوم المقدار والذي يبتدئ منه بالتالي استحقاق الفوائد فقد قضت أن مفاد نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني والأعمال التحضيرية لهذه المادة عدم سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية على المبالغ التي لا تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى ، كالتعويض عن العمل غير المشروع ، والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة رحبة في التقدير ، وعدم جواز القضاء بالفوائد من تاريخ المطالبة الرسمية بالنسبة للتعويض عن العمل غير المشروع يقتضي تطبيق الحكم ذاته على التعويض المستحق عن عدم تنفيذ الالتزام بمعناه الدقيق أيا كان مصدره ، فلما كان تقدير هذا التعويض خاضعها لمطلق تقدير القاضي ، وإذا كان التعويض المستحق للطاعن عن نزع ملكية أرضه للمنفعة العامة هو مما يخضع لسلطة القاضي التقديرية البحتة ، فإن تحديد الطاعن لما يطلبه في صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصده القانون ، وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائي في الدعوى باعتبار أنه التاريخ الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار " (الطعن رقم ٥٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٤/١٨ س١٤ ص٥٥٤ ، الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/١٤ س١٥ ص٣٤١٥ ص١٢٥٠ ، الطعنان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣ س٢٧ ص١٨٥٧ ، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٤/١٦ س٣٠ ص١١٨)

- التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر غير معلوم المقدار وقت الطلب ومن ثم لا تصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه ، وقد قضت محكمة النقض بأن **" الاحتجاج بأن المبالغ المحكوم على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها فيكون حكمها حكم التعويض المقضي به عن عمل غير مشروع والذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدني – هذا الاحتجاج مردود بأنه اعتراض غير سديد وقياس مع الفارق ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي مما يغني المدعى عن طلب فوائد التأخر عن دفع مبلغ التعويض فإذا كان التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر طبقا للمادة ٢٢٦ المشار إليها غير معلوم المقدار وقت الطلب بحيث لا يصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه فالعلة في ذلك واضحة مما سبق بيانه ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير حق ذلك أن المطعون عليه قد حدد في عريضة دعواه من البداية الذي طالب مصلحة الضرائب برده على أساس أنها أخذته منه بغير حق وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح**

معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب " (الطعن رقم ١١٢ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥) وبأنه " تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد .... وقد قصد الشارع من عبارة "وقت الطلب" التي استبدلت بعبارة "وقت نشوء الالتزام" – الواردة بالمشروع التمهيدي للقانون – منع سريان الفوائد المنصوص عليها في هذه المادة على التعويض عن العمل غير المشروع من تاريخ المطالبة القضائية ، والحكمة من تقرير هذه القاعدة تتحقق كذلك بالنسبة للتعويض عن الخطأ العقدي متى كان التعويض المطالب به عن هذا الخطأ مما يرجع فيه الى تقدير القاضي المطلق لأن المبلغ المطالب به كتعويض في الحالين لا يكون "معلوم المقدار وقت الطلب" ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى في دعوى التعويض عن خطأ تعاقدي بالفوائد من مبلغ التعويض المحكوم به من تاريخ المطالبة الرسمية فإنه يكون قد خالف القانون في خصوص تحديد بدء سريان الفوائد التي لا تستحق في هذه الحالة إلا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافي الصادر بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذي يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار " (الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦٢/٢/١٥) وبأنه " وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن الريع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ، وتقدير هذا التعويض متى قامت اسبابه ولم يكن في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه هو من سلطة قاضي الموضوع . لما كان ذلك ، وكان التعويض المطلوب عن الخطأ التقصيري أو العقدي إذا كان مما يرجع فيه الى تقدير القاضي فإنه لا يكون معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي قصده المشرع في المادة ٢٢٦ من القانون المدني ، وإنما يصدق عليه هذا الوقت بصدور الحكم النهائي في الدعوى . لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون هذا النعى في غير محله " (الطعن رقم ١١٩١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢١) وبأنه " الاحتجاج بأن المبالغ التي يقضي على مصلحة الضرائب بردها لا تعتبر معلومة المقدار إلا من تاريخ الحكم النهائي بردها فحكمها هو حكم التعويض المقضي به عن عمل غير مشروع والذي لا يجوز الحكم بفوائد عنه من تاريخ المطالبة الرسمية عملا بالمادة ٢٢٦ مدني ، هذا الاحتجاج مردود بأنه اعتراض غير سديد وقياس مع الفارق ذلك بأن سلطة محكمة الموضوع في تقدير التعويض تخولها أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ومنها طول أمد التقاضي مما يغني المدعى عن طلب فوائد التأخر عن مبلغ التعويض . فإذا كان التعويض عن عمل غير مشروع يعتبر تطبيقا المادة ٢٢٦ من القانون المدني الجديد غير معلوم المقدار وقت الطلب بحيث لا تصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه فالعلة في ذلك واضحة مما سبق بيانه – ولكن هذا الاعتبار لا ينطبق على طلب الممول رد ما أخذ منه بغير وجه حق ذلك أن المطعون عليها حددت في عريضة دعواها المبلغ الذي طالبت مصلحة الضرائب برده على أساس أنها حصلته منها بغير حق وليس من شأن المنازعة في استحقاق هذا المبلغ كله أو بعضه ما يصح معه القول بأنه غير معلوم المقدار وقت الطلب " (الطعن رقم ٤٠٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

٣- تأخر المدين في الوفاء بالتزامه : **حتى تستحق الفوائد التأخيرية يكفي أن يتأخر المدين عن الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود عن ميعاد استحقاقه . عندئذ تسري الفائدة التأخيرية بالسعر الذي يحدده القانون . ذلك أن الفائدة هنا – وهى فائدة تأخيرية – هى بمثابة التعويض عن التأخير ، فهى تعوض الضرر الذي يفترض القانون وقوعه بسبب خطأ المدين في تأخره عن الوفاء بالتزامه . وفائدة التأخير تسري بحكم القانون بالسعر الذي يحدده القانون ، إذا لم يكن ثمة اتفاق عليها بين الطرفين ، وهى تكون عندئذ فائدة قانونية ، وهى تسري بالسعر الذي يحدده الطرفان ، إذا كانا قد اتفق عليها ، وذلك في حدود الحد الأقصى الذي يحدده القانون لسعر الفائدة ، وتكون الفائدة عندئذ فائدة اتفاقية . (عزمي البكري ص٧٥٦)** ٤- المطالبة القضائية بالفوائد : **يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، قانونية كانت أم اتفاقية ، أن يطالب بها الدائن قضائيا ، و هذا الشرط يتضمن خروجا على القواعد العامة من ناحيتين : فمن ناحية لا يكفي الإنذار وهو الشكل العادي للإعذار لاستحقاق هذه الفوائد ، كما هى القاعدة في التعويضات بوجه عام ، بل يجب أن يتخذ الإعذار شكل المطالبة القضائية ، وفي هذا قيد على الربا ، ومن ناحية أخرى لا يكفي أن يطالب الدائن بأصل الدين لاستحقاق هذه الفوائد ، كما هو المبدأ بالنسبة للتعويضات التأخيرية ، بل يجب أن يطالب بهذه الفوائد بجانب أصل الدين ، فإن غفل عن ذلك لم يقض له بالفوائد ، وتفريعا على ذلك لا يبدأ سريان فوائد التأخير إذا كانت ورقة التكليف بالحضور باطلة ، أو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ، لفقدان الإجراء في هذه الحالة صفة المطالبة القضائية التي هى شرط لاستقحقا الفوائد التأخيرية . على أن قاعدة عدم استحقاق فوائد التأخير إلا من وقت رفع الدعوى بها لا تتعلق بالنظام العام فيجوز للطرفين أن يتفقا على خلافه ، وعلى أن تسري الفوائد التأخيرية من وقت الإعذار مثلا ، أو حتى من حلول أجل الدين دون حاجة الى مطالبة قضائية أو الى إعذار ، و هذا هو ما يقع عادة عندما يتفق الطرفات على سعر الاتفاقي من وقت حلول الدين دون حاجة الى أى إجراء ، ولذلك يكاد يكون شرط المطالبة القضائية بالفوائد التأخيرية مقصورا على الفوائد التأخيرية بالسعر القانوني ، حيث لا يوجد اتفاق ما بين الدائن والمدين على سعر هذه الفوائد ، فيجب لسريانها في الأصل أن يطالب بها الدائن مطالبة قضائية . كذلك قد يحدد العرف التجاري ميعادا آخر غير وقت المطالبة القضائةي لسريان الفوائد التأخيرية ، مثل ذلك الحساب الجاري ، فسنرى أن الفوائد تسري فيه من وقت الخصم أو الإضافة ، دون حاجة الى مطالبة قضائية أو إعذار (أنور سلطان ص٢٠٨ ، السنهوري ص٨٠٧) وقد ينص القانون في حالات خاصة على أن الفوائد التأخيرية تسري من وقت آخر غير وقت المطالبة القضائية ، فقد تسري الفوائد التأخيرية من وقت إعذار المشتري أو من وقت تسليم المبيع إذا كان ينتج ثمرات أو إيردات أخرى (م٤٥٨ مدني) أو من وقت استحقاق حصة الشريك النقدية في الشركة (م٥١٠ مدني) أو من يوم احتجاز الشريك لمبلغ من مال الشركة (م٥٢٢ مدني) أو من يوم استخدام الوكيل لمال الموكل لصالح نفسه (م٧٠٦ مدني) أو من يوم الاتفاق بالنسبة للمبالغ التي أنفقها الوكيل في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد (م٧١٠ مدني) أو من يوم الدفع بالنسبة لما يدفعه الوكيل (م٨٠٠ مدني) أو غير ذلك من النصوص .**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن " إنه وإن كان الصــل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدني هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لســـريانها أو ينص القانون على غير ذلك ، وكان من المقرر أن التنبيه بالوفاء السابق على طلب أمر الأداء لا يعد من قبيل المطالبة القضائية ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون باحتسابه الفوائد من تاريخ ذلك التنبيه ، وإذ نصـــت المادة ١٨٧ من القانون التجاري على أن " فائدة أصـــل قيمة الكمبيالة المعمول عنها بروتستو عدم الدفع تحسب من يوم (البروتستو) فإن حكمها يسري على الفوائد القانونية المستحقة على قيمة السند الإذني أو الشيك إذ اعتبر عملا تجاريا ، وإذ لا يلتزم حامل الشيك المعتبر ورقة تجارية بعمل بروتستو لإثبات امتناع المسحوب عليه من الوفاء وإنما له ذلك بكافة طرق الإثبات ، وكان من المقرر أن الشـــيك يعتبر عملا تجاريا إذا كان الذي وقعه تاجرا أو كان تحريره مترتبا على عمليات تجارية . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعن تاجرا ، فإن مؤدى ذلك – على خلاف ما ذهب إليه الحكم – اعتبار جميع الشيكات موضوع النزاع التي سحبها أوراقا تجارية مادام أنه لن يثبت أنه ســـحبها لعمل غير تجاري ، وبالتالي ســـريان الفوائد القانونية بالنســـبة لها بواقع ٥٪ من تاريخ إفادة البنك بالرجوع على الســـاحب باعتباره التاريخ الثابت للامتناع عن الوفاء " (الطعن رقم ٦٧٦ لســـنة ٤٨ق جلســـة ١٩٨٢/١٢/٢٠) وبأنه " الأصـــل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدني هو ســـريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك ، والعريضـة التي تقدم لاستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضـاء أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضـة بل هو إجراء سـابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضـائية " (الطعن رقم ١٤٠٠ لســنة ٥٦ق جلســة ١٩٩٣/١/٢٠) وبأنه " الأصـل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدني -وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – هو سـريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضـائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لســريانها أو ينص القانون على غير ذلك ، والعريضـــة التي تقدم لاســتصــدار أمر الأداء هو البديل لصـحيفة الدعوى وبها تتصـل الدعوى بالقضـــاء ، أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة بل هو إجراء سابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضـــائية " (الطعن رقم ٣٢٦٣ لســنة ٦٠ق جلســة ١٩٩٥/٤/٢٣) وبأنه " نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضـــاء محكمة النقض – أن الفوائد القانونية تســـري من تاريخ المطالبة القضـــائية كلما كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ومعلوم المقدار وقت الطلب على أن يكون تحديد مقداره قائما على أســـس ثابتة لا يكون معها للقضـــاء ســلطة في التقدير " (الطعن رقم ٦٦ لســنة ٤٧ق جلســـة ١٩٨٠/١٢/٢٢ س٣١ ع٢ ص٢٠٩١ ، الطعن رقم ٣٩ لســـنـــة ٤٥ق جلســـــة ١٩٧٩/٤/١٦ س٣٠ ع٢ ص١١٨ ، الطعن رقم ١١٢ لســـنـــة ٣٥ق جلســـــة ١٩٦٩/١٢/٢٥ ع٣ ص١٣٢٥) وبأنه " من شـروط اسـتحقاق فوائد التأخير القانونية المطالبة القضائية بها ، وهذه الفوائد على ما تقضي به المادة ٢٢٦ من القانون المدني لا تســـري إلا من تاريخ هذه المطالبة ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر

لسريانها ولا يغني عن المطالبة القضائية بهذه الفوائد رفع الدائن الدعوى بطلب أصل الدين إذا لم تتضمن صحيفة الدعوى طلب الفزائد لأنها لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها بالذات " (الطعن رقم ١٨٦٣ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٣/٦/١٦ ، الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/٦ س١٩ ص١١٢٠ ، الطعن رقم ٢٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ س١٧ ص٣٩٣ ، جلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ س١٥ ص١١٣٧)

- طلب الفوائد أمام محكمة الاستئناف : **تنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات على أن " لا تقبل الطلبات الجديد في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، ومع ذلك يجوز أن يضاف الى الطلب الأصلي الأجور والفوائد والمرتبات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات " ، فالأصل أنه لا تقبل الطلبات الجديدة أمام المحكمة الاستئنافية عملا بالمادة ٢٣٥ من قانون المرافعات ، وينصرف ذلك الى الطلبات التي لم تفصل فيها محكمة الدرجة الأولى بسيب عدم توافر الإلزام بها عند صدور الحكم ، ومع ذلك أجازت تلك المادة إضافة الفائد التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى ، ويشترط لذلك أن يكون الدائن قد طلب تلك الفوائد وما قد يستجد منها حتى صدور الحكم النهائي ، أو يكون قد اكتفى بطلب الفوائد ، إذ يجوز له أن يطلب ما قد يستجد منها أمام الاستئناف لتوافر إرادته الضمنية بطلب كل ما يستحق من الفوائد حتى حسم النزاع ، وهو لا يحسم إلا بالحكم النهائي سواء كان ابتدائيا لم يطعن فيه أو استئنافها ، وفي الحالة الأخيرة ، لا تتصدى المحكمة الاستئنافية للفوائد إلا إذا طلبها الدائن أمامها إذ لم يسبق له أن طلب ما يستجد منها أمام محكمة الدرجة الأولى ، فإن لم يكن الدائن قد طلب الفوائد أمام محكمة الدرجة الأولى ، فلا يقبل هذا الطلب لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية إذ يعتبر في هذه الحالة طلبا جديدا غير مقبول . (أنور طلبة ص٣٣٥)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" من المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن ما يجوز طلبه من فوائد أمام محكمة الدرجة الثانية طبقا للفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات هو ما استجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى بشرط أن تكون قد طلبت أمام تلك المحكمة " (الطعن رقم ١١٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩) وبأنه " تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١ من قانون المرافعات السابق على أنه " يجوز أن يضاف الى الطلب الأصلي الفوائد التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة أول درجة " ، ومفاد ذلك ما يجوز طلبه من الفوائد أمام محكمة الدرجة الثانية ، هو ما استجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى ، ويشترط لذلك أن تكون الفوائد قد طلبات أمام محكمة الدرجة الأولى . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى في قضائية على عدم قبول الاستئناف بالنسبة لطلب الفوائد ، لأن محكمة أول درجة لم تفصل فيه ، فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح " (الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢) وبأنه " شرط تطبيق ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤١١ مرافعات من أنه يجوز أن تضاف الى الطلب الأصلي الفوائد التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام**

محكمة الدرجة الأولى – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أن تكون هذه الفوائد قد طلبات أمام محكمة أول درجة وأن يكون ما طلب منها أمام محكمة الدرجة الثانية هو ما استجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى " (الطعن رقم ٢٢٤ س٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠) وبأنه " ما نصت عليه المادة ٢/٤١١ من قانون المرافعات من جواز إضافة الفوائد الى الطلب الأصلي في الاستئناف مشروط بأن تكون هذه الفوائد قد طلبات أمام محكمة أول درجة وأن يكون ما طلب منها أمام محكمة الدرجة الثانية هو ما استجد منها بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى فإن لم تكن قد طلبت فإن طلبها أمام محكمة الدرجة الثانية لا يكون مقبولا وعلى ذلك فطلب فوائد الكوبونات الخاصة بالأسهم المطالب بردها أمام محكمة الدرجة الأولى يعد طلبا جديدا لا يصح إبداؤه أمام محكمة الاستئناف " (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨) وبأنه " اعتراض المدين بعدم جواز التنفيذ ضده بفوائد تزيد على رأس المال والاعتراض مؤسس على مخالفة قاعدة من النظام العام ومن ثم يجوز له – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف " (الطعن رقم ٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/٣٠) وبأنه " طلب الفوائد لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، يعد طلبا جديدا غير مقبول ، تعلق ذلك بالنظام العام " (الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٤)

- سعر الفائدة : **ذكرنا سلفا أن الفائدة التأخيرية قد تكون قانونية ، وهى التي تسري بحكم القانون في حالة عدم الاتفاق عليها وقد تكون فائدة اتفاقية ، يحددها اتفاق الطرفين ، وقد حدد المشرع سعر الفوائد القانونية وهو ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية (م٢٢٦) أما الفوائد الاتفاقية استثمارية كانت أم تأخيرية فيترك تحديدها لإرادة المتعاقدين بشرط ألا يزيد سعرها على ٧٪ فإن زاد على ذلك تعين تخفيضها الى ٧٪ وألزم الدائن برد الزيادة التي استولى عليها ، وعلى هذا نصت المادة ١/٣٢٧ بقولها " يجوز للمتعاقدين أن يتفاق على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفاق على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر " ، وللمدين الذي يطالب بالزيادة أن يقيم الدليل عليها بكافة طرق الربا الفاحش المخالف للنظام العام ، ويسقط الالتزام برد الزيادة - ومصدره دفع غير المستحق – بمضى ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة وفقا لأحكام المادة ١٨٧ من التقنين المدني . (أنور سلطان ص٢١٤ ، وانظر السنهوري ص٨١٢ ، ٨١٩)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" النص في المادة ٢٢٦ من القانون المدني على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد وقدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ..." ، يدل على أن المشرع قد حدد مقدار الفائدة التي يجوز للدائن المطالبة بها – في حالة عدم الاتفاق على مقدارها – إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الكلب**

وتأخر المدين في الوفاء به بما لازمه أنه يتعين على الحكم القاضـــي بالفوائد التأخيرية أن يحدد نوعها وما إذا كانت مدنية أو تجارية ومقدارها تبعا لذلك وإلا كان مخالفا للقانون " (الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٣/١/٢) وبأنه " إذا كانت عقود البيع المبرمة بين الشـركة المطعون ضـدها والطاعنين ومحلها وحدات سـكنية أقامتها الشـــركة من مالها الخاص – على نحو ما ورد بهذه العقود – لا تعتبر من الأعمال المصرفية المنصوص عليها في المادة السابعة فقرة (د) من القانون ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ والمحدد سعر الفائدة لها بالهيكل المنظم لسعر الفائدة الصادر عن البنك المركزي سالف الذكر بما يخرج هذه العقود عن نطاق تطبيق هذا الاسـتثناء مما لازمه خضـوعها لنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني فيما يتعلق بتحديد ســـعر الفائدة الاتفاقية بما لا يجاوز ٧٪ ووجوب الرجوع لســـعر الفائدة المنصـــوص عليها في تلك العقود الى ٧٪ وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٣٧٧٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٧) وبأنه " إذا كان الحكم المطالب بالفوائد عنه تعويض اتفاقي نص في العقد على استحقاقه من تأخير البائع في تسـليم أى كمية من الأقطان المبيعة وبعد أن يحدد الاتفاق سـعر معينا للفائدة عنه أو يبدأ سـريانها فإن الحكم المطعون فيه إذ قضـى بالفائدة القانونية عن هذا المبلغ بســـعر ٤٪ من تاريخ المطالبة القضـــائية يكون قد أعمل نص المادة ٢٢٦ مدني ولم يخالف القانون " (جلســـة ١٩٦٢/١٢/٢٧ الســـنة ١٣ ص١٢٤٦) وبأنه " الدفع بأن سـعر الفائدة المقضـي بها يجب ألا يزيد على ٧٪ بعد العمل بالقانون المدني الجديد وفقا للمادة ٢٢٧ منه نتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، والحد الأقصـــى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام ، فيســـري الســـعر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد القاضـــي بتخفيضــه ، أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سـنة ١٩٤٩ ، حتى على الاتفاقات السـابقة على هذا التاريخ ويؤيد هذا النظر ما ورد في هذا الخصوص في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي المشار إليه ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدني الجديد بفائدة سـعرها ٨٪ ابتداء من أول سـبتمبر سـنة ١٩٤٦ لحين الوفـاء ، فـإن هـذا الحكم يكون قـد خـالف المـادة ٢٢٧ من القـانون المـذكور في خصـــوص المادة اللاحقة للعمل به ، ويتعين نقضـــه ، وتحفيض ســـعر الفائدة الى ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر ســـنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء " (نقض مدني ١٩٥٣/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض س رقم ١٦١ ص١٢٠٨)

- تاريخ سريان سعر الفائدة : **كان سـعر الاتفاقي للفائدة التأخيرية قبل صـدور التقنين المدني الجديد وبمقتضى المرسوم بقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩٣٨ ٨٪**

يجوز تخفيضه بمرسوم الى ٧٪ ، ومن ثم يسري السعر الوارد بالتقنين الجديد وهو ٧٪ من وقت العمل بهذا التقنين حتى بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل هذا الوقت ، لأن سعر الفائدة يعتبر من النظام العام ، وعلى ذلك تحسب الفائدة على المبلغ بنسبة ٨٪ حتى تاريخ العمل بالقانون الجديد في ١٤/١٠/١٩٤٩ ثم تحسب بسعر ٧٪ ابتداء من ١٥/١٠/١٩٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن **" لا يجوز للمحكوم له أن يتقاضى فائدة اتفاقية تزيد على سبعة في المائة من تاريخ سريان المادة ٢٢٧ مدني التي استقر قضاء هذه المحكمة على سريانها من تاريخ صدور القانون على الاتفاقات السابقة على العمل به – ولا يحد من هذا أن يكون قد صدر حكم بالدين مع فوائده الاتفاقية بواقع ٩٪ حتى تمام الوفاء – على أساس هذا الاتفاق – قبل العمل بأحكام القانون الجديد " (الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ق جلسة ٢٥/١٢/١٩٥٨)**

- سريان الفوائد على الأوراق التجارية ، وفي ذلك تقول محكمة النقض أنه **" وإذ نصت المادة ١٨٧ من القانون التجاري على أن " فائدة أصل قيمة الكمبيالة المعمول عنها بروتستو عدم الدفع تحسب من يوم البروتستو " ، فإن حكمها يسري على الفوائد القانونية المستحقة على قيمة السند الإذني أو الشيك إذا اعتبر عملا تجاريا ، وإذ لا يلتزم حامل الشيك المعتبر ورقة تجارية بعمل بروتستو لإثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وإنما له ذلك بكافة طرق الإثبات ، وكان من المقرر أن الشيك يعتبر عملا تجاريا إذا كان من وقعه تاجرا أو كان تحريره مترتبا على عمليات تجارية . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الطاعن تاجرا فإن مؤدى ذلك – علفى خلاف ما ذهب إليه الحكم – اعتبار جميع الشيكات موضوع النزاع التي سحبها أوراقا تجارية مادام أنه لم يثبت أنه سحبها لعمل غير تجاري ، وبالتالي سريان الفوائد القانونية بالنسبة لها بواقع ٥٪ من تاريخ إفادة البنك بالرجوع على الساحب باعتباره التاريخ الثابت للامتناع عن الوفاء " (الطعن رقم ٦٧٦ لسنة ٤٨ق جلسة ٢٠/١٢/١٩٨٢) وبأنه "الفوائد المستحقة على أصل السند الإذني متى كان معتبرا عملا تجاريا تسري من تاريخ تحرير بروتسو عدم الدفع وفقا للمادتين ١٨٧ ، ١٨٩ من قانون التجارة وإذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون عليه قد وجه الى الطاعن احتجاجا بعدم الدفع في اليوم التالي لحلول ميعاد استحقاق كل من السندات الصادرة منه ، فإنه لا على الحكم المطعون فيه إن انتهى الى أن الإيداع غير مبرئ لذمة الطاعن من الدين لعدم سداد الفوائد " (جلسة ٦/٦/١٩٧٤ س٢٥ ص١٠٠٢)**
- سريان الفوائد على الدين التجاري بالتبعية ، فقد قضت محكمة النقض بأن **" لما كان الثابت في الدعوى أن الشركة الطاعنة (التوكيل الملاحي) تاجر باعتبارها مقاولا للنقل البحري فإن التزامها بأداء الرسوم الجمركية عن العجز غير المبرر في الوسائل التي تقوم بنقلها يكون التزاما بدين تحاري بالتبعية " (الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٥٩ق جلسة ٩/٥/١٩٩٦) وبأنه " إن هذه الفوائد تستحق من تاريخ المطالبة القضائية باعتبار أن دين الرسوم الجمركية معينة المقدار وقت المطالبة بها وذلك بتحديد نسبتها وأسس تقديرها بمقتضى جداول التعريفة الجمركية الصادرة بقرارات جمهورية تنفيذا لقانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، وبالتالي لا يكون للقضاء سلطة في تقدير هذا الدين " (الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٥٩ق جلسة ٩/٥/١٩٩٦ ،**

الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠ ، الطعن رقم ١٠٨٤ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٥)

- عدم جواز الحكم على مصلحة الضرائب بفوائد على المبالغ التي يحكم بردها للممولين ، وفي ذلك تقول محكمة النقض بأن **" حددت المادة ٢٢٦ من القانون المدني الجديد سعر الفائدة في حالة تأخر المدين عن الوفاء بأربعة في المائة سنويا ، كما نصت المادة ١٠١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على عدم جواز الحكم على مصلحة الضرائب بفوائد عن المبالغ التي يحكم بردها للممولين ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلزام مصلحة الضرائب برد المبلغ المحكوم به وفوائده بسعر ٥٪ من تاريخ المطالبة الرسمية حتى السداد فإنه يكون قد أخطأ في تحديد سعر الفائدة بالنسبة للمدة التي تبدأ من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدني ومدة سريانها ويتعين نقضه في هذا الخصوص وتخفيض سعر الفائدة المقضي بها الى ٤٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ويوقف سريانها اعتبارا من ٤ سبتمبر سنة ١٩٥٠ تاريخ نفاذ القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ " (الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/١١ ، الطعن رقم ٣٥٩ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٩/٦/٤) وبأنه " النص في الفقرة الثانية من المادة ١٠١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على أنه لا يجوز الحكم على مصلحة الضرائب بفوائد عن المبالغ التي يحكم بردها للممولين هو نص مستحدث يسري – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة النقض – على فوائد المبالغ التي يحكم على مصلحة الضرائب بردها للممولين من تاريخ العمل به في ١٩٥٠/٩/٤ وعلى ذلك فمتى كان الحكم المطعون فيه قد ألزم مصلحة الضرائب بدفع فوائد عن المبالغ المحكوم به من تاريخ المطالبة الرسمية الحاصلة في ١٩٥١/١٢/٢٤ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٤٧٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٢/١٧)**
- عدم استحقاق الفوائد في حالة التنفيذ والحجز ، وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن **" تقرير الحكم المطعون فيه أنه يترتب على تراخي الدائن في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح في القانون ، ذلك أن التراخي في التنفيذ لا يكون له اثر في المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائي ولا يمنع من استحقاق الفوائد إذ كان على المدين أن يوفى بالدين أو أن يتمسك بأى سبب من اسباب انقضائه " (الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١) وبأنه " مقتضى الحجز أيا كان نوعه وضع المال المحجوز تحت أمر القضاء بما يمتنع معه على المحجوز لديه استغلال المال المحجوز أو التصرف فيه ، ومن ثم يحول الحجز دون استحقاق فوائد التأخير ، وعلى ذلك فغير صحيح في القانون ما يقرره الحكم من أنه كان على الطاعنة (الحاجزة) أن تنتفع بالمال المحجوز تحت يدها بما يؤدي الى عدم استحقاقها للفوائد " (الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)**
- استحقاق الفوائد رغم إفلاس المدين ، وقد قضت محكمة النقض بأن **" المقرر طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون التجاري أنه لا يقف سريان الفوائد إلا بالنسبة الى الديون العادية ، أما الديون المضمونة برهن أو امتياز أو اختصاص ، فتظل فوائدها سارية على الرغم من الإفلاس ، فيجوز إذن للدائن المرتهن وأصحاب حخقوق الامتياز والاختصاص ، الاحتجاج بالفوائد المستحقة – سواء كانت اتفاقية أو قانونية – في**

مواجهة جماعة الدائنين ، وكل ما في الأمر أنه لا يجوز لهم التنفيذ بالفوائد المستحقة بعد شهر الإفلاس إلا على الأموال التي يقع عليها الرهن أو الامتياز أو الاختصاص " (الطعنان رقما ٤٥٩ ، ٥١٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/٤/٩)

- مناط وقف سريان فوائد الدين العام (سندات الحكومة) ، وفي ذلك تقول محكمة النقض بأن **" إذ أجاز المشرع للحكومة في المادة الخامسة من كل من القانونين رقمى ٦٧ ورقم ٧١ لسنة ١٩٤٠وفي المادة السابعة من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٠ ، أن تقوم في أى وقت بسداد جملة الدين المضمون والدين الممتاز والدين الموحد بقيمتها الإسمية سواء كان ذلك في وقت واحد أم في أوقات مختلفة ، وأذن لوزير المالية في المادتين الأولى والثانية من المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٣ ، في أن يتخذ ما يراه من الإجراءات لتحويل هذه الديون التي أطلق عليها لفظ الدين العام كله أو بعضه الى دين أخف عملا بالشروط والأوضاع التي يحددها بموافقة مجلس الوزراء ، وكان مجلس الوزراء قد وافق بتاريخ ١٩٤٤/١/٢٨ على مذكرة وزير المالية المؤرخة ١٩٤٣/٩/٢١ بتحويل الدينين الموحد والممتاز بسعر التعادل الى دين محدد الأجل لمدة ثلاثين سنة مع قابليته للاستهلاك بعد عشرين سنة مقدرا بالعمل المصرية وواجب الخدمة في مصر ، وأن يجرب التحويل بدعوة الحكومة جملة الدينين المذكوين الى إعلان رغبتهم في المواعيد التي حدد ها لذلك في إبلاغ حملة السندات عزم الحكومة استهلاك أو تسديد قيمة السندات التي يرفض أصحابها تحويلها بعد انقضاء هذا الموعد ، وكان وزير المالية قد أعلن في ١١ ، ١٩٤٣/١١/١٣ بالوقائع المصرية عن قبول تحويل سندات الدين الموحد الى سندات القرض الوطني الجديد . كما أعلن بتاريخ ١٩٤٣/١٢/٦ قرار الحكومة باستهلاك الباقي من سندات الدين الموحد في أول يناير سنة ١٩٤٤ بطريق دفع القيمة الإسمية مضافا إلأيها الفوائد المستحقة من ١٩٤٣/١١/١ حتى ١٩٤٣/١٢/٣١ ، فإن توجيه الإعلان الأخير عن طريق نشره في الوقائع المصرية الى حملة سندات الدين الموحد – وهى سندات لحاملها وقابلة للتداول – يعتبر بمثابة إعلان لكل منهم بقرار الحكومة استعمال الحق المقرر لها بمقتضى النصوص سالفة الذكر فس استهلاك تلك السندات وسداد قيمتها في الموعد الذي حددته ينتج أثره من تاريخ نشرخ ويترتب عليه انتهاء سريان الفوائد من أول يناير سنة ١٩٤٤ تاريخ استهلاك تلك السندات ولا يعتبر ذلك إخلالا بحق مكتسب لحملتها " (الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢) وبأنه " مؤدى الالتزام الناشئ عن استثمار طالب البناء أمواله في سندات الإسكان ، عدم التزامه بأداء فوائد عن تراخيه في هذا الاستثمار " (الطعن رقم ١٠٣٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)**
- فوائد التعويض عن نزع الملكية ، فقد قضت محكمة النقض بأن **" إذ كان ما يستحقه المالك كمقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضا له عن حرمانه من ملكيته جبرا عنه للمنفعة العامة ، وهو ما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره ، فلا يكون معلوم المقدار وقت طلبه مهما كان تحديد المالك له في صحيفة دعواه ولا يصدق عليه هذا الوصف إلا بصدور الحكم النهائي في الدعوى ، ولا يغير من ذلك قيام الطاعنة (الجهة نازعة الملكية) بتقدير تعويض عن الأرض المنزوع ملكيتها وعرضه على المطعون عليهم – المالكين – ذلك أنهم لم يقبلوه ورفعوا الدعوى بطلب الحكم لهم بالتعويض الذي حددوه مما يجعل تقدير التعويض مؤجلا الى حين الفصل في النزاع نهائيا ، ومن ثم فلا تستحق الفوائد عن التعويض إلا من تاريخ**

الحكم النهائي " (الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ ، وجلسة ١٩٦٨/٢/٢٧ س١٩ ص٣٧٠ ، وجلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ س١٧ ص١٩٤٣) وبأنه " التعويض المستحق عن نزع الملكية لا يعتبر معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٦ من القانون المدني إذ أن المقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار في حكم المادة المذكورة أن يكون تحديد مقداره قائما على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير ، ولما كان ما يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضا له عن حرمانه من ملكيته جبرا عنه للمنفعة العامة وهذا التعويض هو مما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره فإنه لا يكون معلوم المقدار وقت طلبه مهما كان تحديد المالك لهذا التعويض في صحيفة دعواه ، ولا يصدق عليه هذا الوصف إلا بصدور الحكم النهائي في الدعوى ومن ثم فلا تستحق الفوائد عنه إلا من تاريخ هذا الحكم النهائي " (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٦/٦/٢٣) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٦٦ من القانون المدني والأعمال التحضيرية لهذه المادة أن لا تسري الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إلا على المبالغ التي تكون معلومة المقدار وقت رفع الدعوى والمقصود بكون محل الالتزام معلوم المقدار أن يكون تحديد مقداره قائما على أساس ثابتة لا يكون معها للضقاء سلطة في التقدير ، ولما كان كا يستحقه المالك مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة يعتبر تعويضا عما ناله من الضرر بسبب حرمانه من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة وهذا التعويض هو مما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره فإن تحديد المالك ما يطلبه في صحيفة دعواه لا يجعله معلوم المقدار وقت الطلب بالمعنى الذي يقصده القانون وإنما يصدق عليه هذا الوصف بصدور الحكم النهائي في الدعوى " (الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/٢٥)

- عدم استحقاق الفوائد بالسبب الأجنبي ، فقد قضت محكمة النقض بأن **" إذ كانت الفوائد التأخيرية تفترض حلول أجل الوفاء بالدين وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخير في هذا الوفاء ، وكان المشرع قد نص في المادة ٢٢٨ من التقنين المدني على أنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير – قانونية كانت أو اتفاقية – أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير ، بما مفاده أنه يفترض وقوع الضرر بمجرد التأخير في الوفاء ، إلا أن ذلك لا ينفي وجوب توافر ركن الخطأ من جانب المدين حتى تتحقق مسئوليته ، وإذ كان تأخر المدين في الوفاء بدينه في الأجل المحدد له يعتبر خطأ في حد ذاته إلا أنه إذا ثبت أن هذا التأخير يرجع الى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه انتفت مسئوليته . لما كان ذلك ، وكان فرض الحراسة الإدارية على أموال شخص بمقتضى الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ يوجب – بمجرد صدور الأمر به – غل يد ذلك الشخص عن إدارة أمواله وأخصها سداد التزاماته واقتضاء حقوقه – فإنه يترتب على فرض هذه الحراسة وقف سريان الفوائد التأخيرية – قانونية كانت أم اتفاقية – على الديون التي حل أجل الوفاء بها بعد صدور قرار فرض الحراسة " (الطعن رقم ٩١٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩)**

- الإيداع الذي يحول دون سريان الفوائد : **إذا قام المدين بعرض دينه عرضا صحيحا ورفض الدائن قبوله دون مبرر كان له أن يدع المبلغ المعروض خزينة المحكمة عملا بالمادتين ٣٣٤ ، ٣٣٥ مدني . ويترتب على إيداع المبلغ خزينة المحكمة وقف سريان الفوائد .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" متى كان الإيداع الحاصل من الطاعن مشروطا بعدم صرف المبلغ المودع الى المطعون ضدهم قبل الفصل في جميع المنازعات القائمة بينهم وبينه بشأن الوصية فإن الإيداع لا يبرئ ذمته من المبلغ المودع ولا يحول دون سريان الفوائد من تاريخ استحقاقها قانونا إذ من شأن الشرط الذي اقترن به هذا الإيداع استحالة حصول المطعون ضدهم على ما يخصهم في المبلغ المودع قبل الحكم نهائيا في الدعوى التي رفعوها بطلب الموصى لهم به وبالتالي حرمانهم من الانتفاع به طوال نظرها أمام المحكمة ومن ثم يحق لهم طلب الفوائد عن المبلغ المقضي لهم به " (الطعن رقم ١٧١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٦) وبأنه " جرى قضاء محكمة النقض على أن المعارضة في تقدير تعويض العقار عند الاستيلاء عليه مؤقتا تمهيدا لنزع ملكيته للمنفعة العامة إنما يجعل هذا التقدير مؤجلا الى أن يحصل الفصل فيه نهائيا ، وأن من شأن إيداع الحكومة خزانة المحكمة تعويض العقار أو قيمته الإيجارية طبقا لما قدره الخبير المنتدب من رئيس المحكمة الابتدائية وفقا لما يقضي به القانون رقم ٥ لسمة ١٩٠٧ بشأن نزع ملكية العقارا للمنفعة العامة ألا تستحق أية فوائد في ذمة الحكومة لا بمقتضى قانون نزع الملكية ولا القانون المدني " (الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١١/١) وبأنه " متى أودعت الحكومة المقابل الذي قدره الخبير للأرض المطلوب نزع ملكيتها للمنفعة العامة فإنه لا يجب في ذمتها من تاريخ هذا الإيداع إيداع أية فوائد عن هذا المقابل لا بمقتضى قانون نزع الملكية ولا بمقتضى القانون المدني لمجرد معارضتها أمام المحكمة في تقرير الخبير الذي قدره – لأن الفوائد إنما يقضى بها في الديون الحالة التي يحصل التأخير في الوفاء بها بلا حق ، أو في الديون المؤجلة إذا اتفق على ذلك والمعارضة في تقدير ثمن العقار أو تعويضه تجعل هذا التقدير مؤجلا الى أن يحصل الفصل فيه نهائيا ، فهو لا يعتبر حالا قبل الفصل نهائيا في المعارضة ولا تجوز المطالبة به ، ولا يصح في هذا الصدد التمسك بالمادة ٢٣٠ من القانون المدني القديم م٤٥٨ مدني جديد ، لأن طالبة نزع الملكية لم تجمع بعد هذا الإيداع في يدها بين الثمن الأعيان المنزعة ملكيتها أو التعويض عنها لا يترتب عليه عند عدم قبول معارضتها إلزامها بفوائد تعويضية إلا إذا كانت تلك المعارضة قد حصلت بطريق الكيد – على ما جرى به قضاء محكمة النقض " (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١/٥)**

- دستورية الفوائد : **اختلفت الآراء حول مدى دستورية الفوائد ، فذهب رأى الى عدم دستوريتها باعتبار أن النصوص القانوني التي قررتها تتعارض مع الشريعة الإسلامية وهى مصدر رئيسي من مصادر القانون ، بينما ذهب رأى آخر الى التفرقة بين الفوائد التي تمنحها البنوك وبيون التسليف وهى مؤسسات اقتصادية ، والفوائد التي يلتزم بها المقترض من غير هذه المؤسسات ، وقرر بدستورية الأولى لعدم تعارضها مع الشريعة الإسلامية لانتفاء استغلال المودع للبنوك وبيوت التسليف**

عندما يقرضها فإن اقترض منها فإنها تستحق الفوائد دون أن يكون في ذلك مخالفة وحسمت المحكمة الدستورية العليا هذا الخلف إذا قضت بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٨٥ في القضية رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية "دستورية" (٧ لسنة ٩ق عليا) برفض الدعوى التي أقيمت أمامها بعدم دستورية هذه المادة لمخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية ، ونشر الحكم كاملا فيما يلي : " بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات والمداولة ، حيث إن الوقائع – على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق – تتحصل في أن المدعى بصفته كان قد أقام الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٢٢ق أمام المحكمة الإدارية العليا طالبا إلغاء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٤٦٥ لسنة ٢٥ق القاضي بإلزامه ، ووزير الأوراق وعميد كلية الطلب بصفاتهم بأن يدفعوا لمورث المدعى عليه الرابع مبلغ ٣٩٢.١١٢ جنيه باقي ثمن آلات جراحية تم توريد ها الى طلبة الطب بجامعة الأزهر – والفوائد القانونية عن هذا المبلغ بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية ، وأثناء نظر الطعن دفع المدعى بصفته بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدني ، فقضت المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٣ أبريل سنة ١٩٧٨ بوقف الفصل في الطعن ليرفع المدعى دعواه الدستورية فأقام الدعوى الماثلة ، وحيث إن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى استنادا الى أن جامعة الأزهر تتبع الأزهر الذي يعد من الأشخاص المعنوية العامة وبالتالي فهى من جهات الحكومة التي اعتبرها المشرع من ذوي الشأن في القضايا الدستورية ، فلا يجوز لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أساس أنها تشارك في وضعها وعليها الدفاع عن سلامتها . هذا الإضافة الى أن المنازعة الماثلة – وهي تقوم بين جهتين حكوميتين – تندرج تحت المنازعات التي تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة – دون غيرها – بإبداء الرأى الملزم للجانبين فيها عملا بالمادة ٦٦ فقرة (د) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وحيث إن هذا الدفع مردود بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود بالحكومة بما نص عليه في المادة ١٥٣ من أن "الحكومة" هى الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة وتتكون الحكومة من رئيس مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم " وإذا كان هذا التعريف لا يدخل في مدولوه الأزهر باعتباره الهيئة العلمية الإسلامية الكبرى التي أثبت لها القانون الشخصية المعنوية بما نص عليه صراحة في المادة السادسة من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها من أن " يكون الأزهر شخصية معنوية عربية الجنس" .... ومن ثم فإن جامعة الأزهر – وهى إحدى هيئاته – لا ينطبق عليها معنى الحكومة على النحو الذي عناه المشرع في المادة ٣٥ من قانو المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩٦ والذي نص فيه على أن " تعتبر الحكومة من ذوي الشأن في الدعاوى الدستورية " ، مستهدفا بذلك تمكينها من أن تقول كلمتها في الطعون الموجهة الى التشريعات التي تكون قد أصدرتها أو شاركت في وضعها . لما كان ذلك ، وكانت هذه المحكمة – من ناحية أخرى – هى المختصة وحدها بنظر الدعوى الدستورية الماثلة إعمالا للمادة ١٧٥ من الدستور والمادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه – اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما ينتفي معه القول بأنها من المنازعات التي تختص بها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة – ومن ثم

فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون في شقيه على غير أساس متعين الرفض ، وحيث إنه عما دفعت به الحكومة أيضـا من عدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صـفة تأسيسا على أن شيخ الأزهر هو الذي يملك وحده تمثيل جامعة الأزهر باعتباره من الهيئات التي يشـملها الأزهر ، وأن القانون رقم ١٠٣ لسـنة ١٩٦١ بشـأن إعادة تنظيم الأزهر لم يضف على جامعة الأزهر شخصية اعتبارية تخولها حق التقاضي وتجيز لرئيسـها تمثيلها لدى المحاكم ، فإنه إذ كانت المادة ٣٩ من القانون رقم ١٠٣ لسـنة ١٩٦١ المشـار إليه تنص على ، " يتولى إدارة جامعة الأزهر : ١- مدير جامعة الأزهر (رئيس جامعة الأزهر منذ العمل بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٢) ٢- مجلس الجامعة " ، كما تنص المادة ٤٢ منه على أن " يتولى مدير الجامعة إدارة شـئون الجامعة العلمية والإدارية والمالية ، وهو الذي يمثلها أمام الهيئات الأخرى ..." ، فإن مؤدى ذلك أن القانون أسند الى رئيس الجامعة صفة النيابة عنها في جميع صلاتها بالهيئات الأخرى والتي تدخل في عمومها الهيئات القضائية ، وما يتفرع عن هذه النيابة من أهلية التقاضي فيما يتعلق بتلك الصلات ومن بينها التعاقد على شـراء معدات لكليات الجامعة وما قد ينشأ عنها من منازعات قضـائية ، وهو الحال الذي اقتضى اختصام المدعى بصفته في الدعوى الموضوعية – وترتب على إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها – إقامة المدعى بصفته للدعوى الماثلة ، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صـفة يكون على غير أسـاس ، وحيث إن الدعوى اسـتوفت أوضـاعها القانونية ، وحيث إن المدعى بصـفته ينعى على نص المادة ٢٢٦ من القانون المدني أنها إذ تقضـي باسـتحقاق فوائد محددة القدر عن مجرد التأخر في الوفاء بالالتزام النقدي تكون قد انطوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية للتشريع " ، وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة في الدين بغير مقابل ، فهى الربا المتفق على تحريمه أخذا بقوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا " ، وهو من الأحكام الشـرعية المقطوع بها ثبوتا ودلالة والتي أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور في مصاف القواعد القانونية الوضعية التي من شـأنها نسخ ما كان سابقا عليها متعارضـا معها من نصوص التشـريعات الوضـعية نسـخا ضـمنيا ، إذ صـارت بذاتها واجبة الإعمال دون حاجة الى صـدور تشريع يقننها ، وحيث إن القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ في ١٦ يوليو سـنة ١٩٤٨ والمعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سـنة ١٩٤٩ ينص في المادة ٢٢٦ منه – محل الطعن – على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سـبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية ، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضـائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسـريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " ، وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذي تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية أصبحت تنص على أن " الإسـلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسـمية ، ومبادئ الشـريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع " ، بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور في ١١ سـبتمبر سـنة ١٩٧١ على أن " الإسـلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع " والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سـابقة في أى من السـاتير المصـرية المتعاقبة ابتداء من

دستور سنة ١٩٢٣ وحتى دستور سنة ١٩٦٤ ، وحيث إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح – المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا – تستهدف أصلا صون الدستور القائم وتاكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه ، وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور في مختلف نصوصه من ضوابط وقيود ومن ثم فإنه يتعين – عند الفصل فيما يثار في شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف نقض قرينة الدستورية – استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها ، وحيث إنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور – بعد تعديلها على نحو ما سلف – أن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة – وهى بصدد وضع التشريعات – بالالتجاء الى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع ، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور في تقريرها الى مجلس الشعب والذي أقره المجلس بجلسة ١٩ يوليو سنة ١٩٧٩ وأكدته اللجنة الذتي أعدت مشروع التعديل وقدمته الى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسة ٣٠ ابريل سنة ١٩٨٠ إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها " تلزم المشرع بالالتجاء الى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء الى غيرها فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكما صريحا ، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل الى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة " ، ولما كان مفاد ما تقدم ، أن سلطة التشريع اعتبارا من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ – أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحدثة أو معدلة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج – في الوقت ذاته عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية ، فهى التي يتحدد بها مع ذلك القيد المستحدث – النطاق الذي تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات . لما كان ذلك ، وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى الى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الإعمال ومن ثم ، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد ، وهو مناط الرقابة الدستورية ، ويؤيد هذا النظر ما أوردته اللجنة العامة في مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ والذي وافق عليه المجلس من أنه " كان دستور سنة ١٩٧١ أول دستور في تاريخنا الحديث ينص صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع ، ثم عدل الدستور عام ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسي للتشريع ، وهذا يعني عدم جواز إصدار أى تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، كما يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل

بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية " ، واستطرد تقرير اللجنة الى أن " الانتقال من النظام القانوني القائم حاليا في مصر والذي يرجع الى أكثر من مائة سنة الى النظام الإسلامي المتكامل يقتضي الأناة والتدقيق العملي ، ومن هنا ، فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن مألوفة ، أو معروفة ، وكذلك ما جد في عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات ، كل ذلك يستأهل الرؤية ويتطلب جهودا ، ومن ثم فإن تغيير النظان القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لواضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء ...." ، وحيث إن ما ذهب إليه المدعى من أن مقتضى تعديل المادة الثانية من الدستور هو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الإعمال بذاتها ومن فورها على ما سبق هذا التعديل من تشريعات بما يوجب نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ ، فإن هذا القول مردود بما سبق أن عرضت له المحكمة عن حقيقة المقصود من ذلك التعديل ، ومن أنه قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع في شأن المصادر التي يستقي منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة ، كما ينقض القول ما تضمنته الأعمال التحضيريةي لمشروع التعديل على ما سلف إيضاحه من أن المنوط به إعمال القيد المشار إليه هو السلطة المختصة بالتشريع ، بالإضافة الى أن المشرع الدستوري لو أراد جعل مبادئ الشريعة الإسلامية من بين القواعد المدرجة في الدستور على وجه التحديد أو قصد أن يجرى إعمال تلك المبادئ بواسطة المحاكم التي تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة الى إفراغها في نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التي عينها الدستور ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، هذا فضلا عن أن مؤدى ما يقول به المدعى من الإعمال المباشر لمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق تلك المحاكم لا يقف عند مجرد إهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ من التشريعات السابقة المنظمة لمختلف النواحي المدنية والجنائية والاجتماعية والاقتصادية بل إن الأمر لابد وأن يقترن بضرورة تقضي المحاكم للقواعد غير المقننة التي يلزم تطبيقها في المنازعات المطروحة عليها بدلا من النصوص المنسوخة مع ما قد يؤدي إليه ذلك من تناقض بين هذه القواعد ويجر الى تهاتر الأحكام وزعزعة الاستقرار " .

وقد قضت محكمة النقض بأن **" السلطة التشريعية وحدها في المنوط بها إفراغ الحكم الشرعي في نص قانوني واجب التطبيق ، بما يتوافر لها من مكنة التفرقة بين الأحكام الشريعة القطعية في ثبوتها ودلالتها – حيث لا اجتهاد فيها – والأحكام الظنية في ثبوتها أو دلالتها أوف يهما معا ، وهى التي تتسع لأبواب الاجتهاد ، عن طريق الأدلة الشرعية النقلية منها والعقلية ، وهو اجتهاد وإن كان حقا لأهل الاجتهاد فأولى أن يكون هذا الحق مقرر للمشرع ، إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه – قد أغفل ما تقدم وأعمل حكم المادة الثانية من الدستور – على النحو الذي فسرها به – مباشرة ممتنعا بتفسريه لها عن تطبيق حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدني النافذة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٨٣٦٥ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦)**

- وجوب تسبيب الحكم ، فقد قضت محكمة النقض بأن **" لما كانت الفوائد التزام تبعي للالتزام الأصلي المطالب به فحسب الحكم أن يكون مسببا في خصوص قضائه في أصل الالتزام لقيام على أسبابه الحكم بالفوائد ، وإذن فمتى كان الطاعن لا يعيب على الحكم المطعون فيه تسبيب قضائه بالمبلغ الأصلي المحكوم به فإن النعي عليه القصور في تسبيبه قضاءه بالفوائد يكون على غير أساس . (الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/١١) وبأنه " متى كان الشريك قد رفع الدعوى بطلب تصفية الشركة والقضاء له بما يظهر من التصفية وكذلك بطلب الحكم له بدين له في ذمة الشركة وفائده من تاريخ تأسيس الشركة حتى تمام السداد وكان الحكم قد قرر أن هذه الفوائد تتضمنها الأرباح التجارية التي قضى بها لذلك الشريك والتي حققتها الشركة في فترة معينة ولم يبين الحكم سببا لرفض طلب الفوائد عن المدة التالية لتلك الفترة بما في ذلك المدة من تاريخ المطالبة الرسمية فإن الحكم يكون معيبا بالقصور " (الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٥) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد بأسبابه أن الفائدة التي يؤديها البنك لصندوق تعاون موظفيه ليست مساهمة منه في تغذيته بل مقابل استثمار هو أموال الصندوق بما في ذلك حصته التي ساهم بها في أغراضه التجارية باعتباره من بنوك الاستثمار وكان النزاع لا يقوم على أموال الصندوق وإخضاعها للضريبة وإنما يدور حول الضريبة المستحقة على الفوائد التي دفعها البنك مقابل استغلاله أموال الصندوق لحسابه ، فإن النعى عليه بالقصور لأنه لم يرد على ما دفع به الطاعن (البنك) من أنه ليست للصندوق أغراض استغلالية ولا على دفاعه بشأن عدم استحقاق الضريبة على المبالغ التي يدفعها رب العمل بصفته الى صندوق التعاون الخاص بموظفيه وأنه يدفع هذه المبالغ بوصفه رب عمل ، يكون في غير محله " (الطعن رقم ٩٤ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣١) وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قضت للمحامي بالمبلغ الذي قدرته له قمبال الأعمال التي باشرها لصالح موكله قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد اسبابا تبرر هذا الرفض فإن حكمها يكون مشوبا بعيب القصور ، ذلك أن الفوائد في صورة الدعوى إنما هو تعويض قانوني عن التأخير في الوفاء بالالتزام بدفع مبلغ من النقود مصدره عقد الوكالة التي كانت قائمة بين الطرفين وهى تستحق للوكيل من يوم إعلان صحيفة الدعوى عملا بنص المادة ١٨٢ من القانون المدني المختلط الذ يحكم النزاع المقابلة للمادة ٢٢٦ من القانون المدني الجديد " (الطعن رقم ٢١٨ ، ٢٦٧ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٦/١٦) وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قضت للطاعنة بالمبلغ الذي تستحقه قبل المطعون عليها قد رفضت طلب الفوائد دون أن تورد الأسباب التي تبرر هذا الرفض ، فإن حكمها يكون قاصرا في**

هذا الخصـــوص بما يســـتوجب نقضـــه " (الطعن رقم ٢٤ لســـنة ٢٠ق جلســـة ١٩٥٣/٣/٢٦) وبأنه " إذ قضـت محكمة الاسـتئناف برفض طلب فوائد المبلغ الذي حكمت به للمدعية ولم تعلل هذا الرفض ولم يكن في الأسباب الأخرى للحكم ما يمكن أن يسـتخلص منه ضـمنا علة للرفض فإن هذا الحكم يكون معيبا من ناحية قصـوره عن تسـبيب هذا الجزء من منطوقه ويتعين نقضــه فيما يتعلق بهذا الجزء " (الطعن رقم ٧٤ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/٣/١٩)

- وجوب بيان مقدار أصـــل الدين والفوائد : **يجب أن يبين بالحكم مقدار أصـــل الدين والفوائد .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" إذا كان الحكم المطعون فيه قد قرر بعبارة مجملة أن الباقي من أصـــل الدين وفوائده هو مبلغ ٣٨٠ جنيها و٨١٥ مليما موضـــوع المطالبة لغاية مايو سنة ١٩٥٠ – دون أن يبين ما هو أصل المبلغ وما هى الفوائد التي احتسبها – وفي ذلك ما يحجب هذه المحكمة عن مراقبة سـلامة تطبيقه القانون في صـدد الفوائد سـواء بالنسـبة للسـعر أم بالنسـبة لعدم جواز احتسـاب فوائد على متجمد الفوائد يكون معيبا بالقصور الموجب لنقضه " (الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥) وبأنه " متى كانت الدعوى قد رفعت بطلب التعويض عن بضاعة حصل الاستيلاء عليها وبفوائد مبلغ التعويض وتبين من أسـباب الحكم أن محكمة الموضـوع قدرت التعويض الذي يستحقه صاحب البضاعة بسبب ما ضاع عليه من كسب وما لحق به من خسارة كما قدرت الفوائد عن الثمن والتعويض وأدمجت المبلغين دون تفصـيل ثم قضـت بهما جملة فإنه لا يكون هناك محل للنعى بأن المحكمة لم تحكم له بالفوائد عن التعويض " (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٤)**

- تقادم الفوائد : **تتقادم الفوائد بخمس سنوات عملا بالمادة ٣٧٥ من القانون المدني ، باعتبارها من الحقوق الدورية المتجددة .**

﴿ المـــادة ٢٢٧﴾

"١- يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخري تشترط فيها الفوائد ، على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة فإذا اتفقا علي فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلي سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائداً على هذا القدر .

٢- وكل عمولة أو منفعة أياً كان نوعها ، اشـــتراطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها علي الحد الأقصي المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة **"**.

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٢٨ سوري ، المادة ٢٣٠ ليبي ، المادة ١٧٢ عراقي ، المادة ٧٦٧ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدي مقتصرا على الفقرة الأولى منه دون الفقرة ، وفي لجنة المراجعة أضيفت الفقرة الثانية وأصبح رقم المادة ٢٣٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليها النواب ، وفي مجلس الشيوخ استبدلت عبارة "إذا ما ثبت أن" الواردة في الفقرة الثانية بعبارة "إذا ما المدين أن" وبذلك يكون تعيين من يجعل عبء الإثبات خاضعا للقواعد العامة ، وأصبحت المادة رقمها ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٨٥٢ و٨٥ ص٨٥٦)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" وقد جعل المشرع الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية وفوائد التأخير ٧٪ فإذا جاوزت الفوائد هذا الحد وجب تخفيضها ، وتعين على من تسلمها رد الزيادة ، ولمن يسترد هذه الزيادة أن يقيم الدليل على الربا الفاحش بجميع طرق الإثبات ، ويراعى أن هذا الحكم يحد من حرية المتعاقدين في الاتفاق على شروط ، متى حدد سعر اتفاقي لفوائد التأخر ، نزولا على ما يقتضيه النظام العام ، وقد جعل المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، المعل لأحكام المادتين ١٢٤ / ٤٧٨/١٢٥ من التقنين الحالي ، الحد الأقصى لسعر الفوائد الاتفاقية ٨٪ مع جواز تخفيضه الى ٧٪ بمقتضى مرسوم ، على أن المشروع آثر أن يحقق هذا التخفيض فور الوقت إزاء ما أسفرت عنه الظروف الاقتصادية ، فجعل الحد الأقصة للسعر ٧٪ ، ويلاحظ أن نص المشروع في هذا الشأن لا يمس أحكام المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٣٨ المعدل للأمر العالي الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٠ بشأن "سير البيوتات المالية المشتغلة بتسليف النقود على رهونات" ، فيما يتعلق بتخويل هذه البيوتات حق اقتضاء فائدة إضافية ، في مقابل نفقات "التثمين والقياس والتخزين" أما السعر القانوني وهو يقتصر على فوائد التأخر ، فقد جعله المشروع ٤٪ في المواد المدنية (انظر المادة ٢٤٦ من التقنين الألماني) ، ٥٪ في المواد التجارية ، في حين أن المرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ جعل هذا السعر على التوالي ٥٪ ، ٦٪ وقد كان في الوسع ترك أمر تحديد الفائدة لتشريع خاص ، على غرار ما فعل بعض التقنينات الأجنبية ، بيد أنه رؤى من الأنسب أن يبقى المشروع على تقاليد البلاد التشريعية ، وقد استقرت من عهد غير قيرب على إبطال هذا التحديد الى نصوص التقنين المدني ذاته ، ولعل هذا الوضع أدنى الى تيسير التعجيل بإجراء التخفيض الذي تقدمت الإشارة إليه ، ولاسيما بعد أن ألحت على البلاد دواعيه ، وبديهي أن اثر هذا التخفيض لا يستند الى الماضي ، فيستظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية قائما الى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية . (قارن المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨)**

﴿ الشـــرح ﴾

- الحد الأقصى لسعر الفائدة : **رأينا سلفا أن السعر القانوني للفوائد التأخيرية هو ٤٪ في المسائل المدنية ، ٥٪ في المسائل التجارية ، وهذا السعر يسري على فوائد التأخير وغيرها من الفوائد ، فهو يسري بوجه خاص على الفوائد التي تكون في مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود كما في عقد القرض ، وهى التي يسميها (الفوائد التعويضية) فإذا اتفق المتعاقدان على فوائد – أيا كان نوعها – تجاوز سبعة في المائة كان اتفاقهما باطلا فيما جاوز هذا الحق ووجب قصره على الحد الجائز قانونا**

، أى خفض الفائدة الى ٧٪ وهذا تطبيق تشـريعي لنظرية قصـر العقد المنصـوص عليها في المادة ١٤٣ مدني (عزمي البكري) وحينئذ يلتزم الدائن برد الزائد إن كان قد قبضه ، أو النزول بالتزام المدين بما يعادب قدر الفوائد الذي تجاوز الحد الأقصى للفائدة ، كما لو كان البائع أضـاف الى ثمن المبيع الفوائد ، وكانت تجاوز ٧٪ دون أن يتضـمن الاتفاق ذلك بحيث يبدو أم ما التوم به المشـتري يتمثل في ثمن لمبيع ، وتتوافر بذلك الصـورية التدليسـية التي يترتب عليها الإضـرار بأحد المتعاقدين مما يجوز معه إثباتها بكافة الطرق المقررة قانونا ومنها البينة والقرائن حتى لو كان الاتفاق ثابتا بالكتابة إذ طالما توافرت هذه الصـورية ، جاز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة بكافة الطرق . (أنور طلبة)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " أن القانون المدني إذ نص في المادة ١٤٥ على أن من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده ، وهذا نص عام يشمل كل مبلغ مدفوع لغير مستحقه فيدخل تحته الدفوع زائدا على الفائدة الجائز الاتفاق عليها ، وإذ نص في المادة ١٤٦ على إلزام الآخذ بفوائد رد ما أخذ مع علمه بعدم اتسحقاقه إياه ، إذ نص على هذا وذلك فإنه يكون قد أوجب على الآخذ أن يرد ما أخذه في الحال ، وأن يكون المبلغ المدفوع زائدا على الفائدة القانونية دينا لمن دفعه على من قبضـه مسـتحق الأداء يوم قبضـه ، ومن ثم تحصـل به المقاصـة يومئذ بحكم القانون طبقا للمادة ١٩٤ من القانون المدني " (الطعن رقم ٩١ و٩٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٢) وبأنه " إن كل اتفاق على فائدة تزيد على الحد الجائز الاتفاق عليه قانونا يكون باطلا فيما زاد على هذا الحد ، وهذا البطلان مطلق لأن سـببه مخالفة القانون والنظام العام ، ولذلك لا تصـح إجازته ولو صـراحة ، ومن باب أولى لا تصـح أجازته ضـمنا باسـتبدال دين آخر به أو بإقراره بصلح ولو كان أمام القاضي ، وكل ما دفع زائدا على الفوائد الجائز الاتفاق عليها يجوز ، بمقتضـــى المادة ١٤٥ من القانون المدني ، المطالبة برده ، فإن حكم هذه المادة عام غير مقصور على الأحوال التي يكون الدفع فيها واقعا عن غلط " (الطعن رقم ٤٩ لسنة ٩ق جلسة ١٩٤٠/٥/٩) وبأنه " أن الشارع قد حرم زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم ونص على تخفيضـها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضـه منها ، ولما كان هذا التحريم مطلقا لا اسـتثناء فيه ، وهو من النظام العام فإنه يكون واردا على الزيادة في فائدة الديون جميعا لا تفرقة بينها ، سـواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والديون ذات الفائدة المحتملة ، وإذ كان الاتفاق على مثل هذه الفوائد باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة بحال ، وكان لمن دفع تلك الفوائد حق اسـترداد الزائد منها على الحد القانوني ، فإن تعرض المحكمة لنية المتعاقدين وقولها أن المدين لم يكن ينوي اسـترداد المدفوع منه زائدا على الفوائد القانونية يكون من الخطأ ، لأن هذه النية لو صـح وجودها ، لا يمكن أن يكون لها تأثير في الاسـترداد المقرر بحكم القانون " (الطعنان رقما ٩١و٩٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧) وبأنه " الأصل أن الفوائد لا تكون مسـتحقة إلا من يوم المطالبة الرسـمية ، لكن المادة ١٤٦ من القانون المدني قد نصـت – خلافا لهذا الأصـل – على إلزام من يأخذ مبلغا ، وهو عالم بعدم اسـتحقاقه إياه بفوائده من يوم تسـلمه له ، وإذ فلا مخالفة للقانون في القضـاء بإلزام المقرر بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسـوبة من تاريخ قبضـها " (الطعن رقم ٤٩ لسـنة ٩ق جلسـة ١٩٤٠/٥/٩) وبأنه " لما كان البين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضـوع أسـسـت قضـائها بثبوت الربا الفاحش على أن القروض قد عقدت في ظروف اليمة خلال مدة الحرب في بلد يحتله العدو على أن تسـدد بالعملة المصرية ودونت في مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها وعلى

ظروف الاستدانة تدل على أن المقترضين كاموا في حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا إذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا اللجوء الى الطاعن الثاني وغيره للاقتراض منهم وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدي الى ثبوته ، ذلك لأن كل مدين لا يلجأ الى الاقتراض عادة إلا إذا كان في ظروف تضطره إليه فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلا على ثبوت الربا الفاحش وكذلك لا يؤدي الى إثباته خلو سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها ، وكان للمحكمة متى رجح لديها من قرائن الحال في الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم بأنهم لم يستلموا في مقابلها سوى المبالغ التي أقروا بها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قج نقل عبء الإثبات من عاتق المدينين بمقتضى السندات موضوع الدعوى الى عاتق الدائن استنادا الى قرائن غير مؤدية لإثبات الربا الفاحش فإنه يكون قد خالف قواعد الإثبات فضلا على قصوره في التسبيب مما يستوحب نقضه " (الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/١٢)

- العمولة أو المنفعة التي تجاوز الحد الأقصى للفوائد : **تقضي المادة ٢٢٧م باحتساب الفوائد المستترة مع الفائدة الصريحة بحيث لا يتجاوز مجموعها الحد الأقصى لسعر الفائدة ، فطبقا للمادة ٢٢٧ "كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن ، إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة" ، وعبء إثبات الفائدة المستترة وفقا للقواعد العامة على المدين ، لأنه الذي يدعى عدم جدية الخدمة التي تقابل العمولة أو المنفعة ، وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات " (أنور سلطان ص٢١٥)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ٢٢٧ مدني ، أن القانون لا يحظر على الدائن أن يجمع بين تقاضي العمولة والفائدة المتفق عليها ، ولو زاد مجموعها عن الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة إلا إذا كانت العمولة المشترطة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ، وإذا كان الحكم قد انتهى الى أن العمولة التي اقتضاها البنك المطعون ضده من الطاعن الأول كانت مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قام بها تنفيذا لعقد التفويض بالبيع المبرم بينهما ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإن ما ينعاه الطاعنان في هذا الصدد يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٤) وبأنه " إذا كان مؤدى الحكم المطعون فيه هو أن العمولة والمصاريف التي اقتضتها الشركة المطعون عليها من الطاعن كان مقابل خدمات حقيقية ومشروعة قامت بها تنفيذا لعقود الاتفاق المبرمة بينهما ، ولم تكن فوائد ربوية مستترة ، فإنه يكون في غير محله النعى على هذا الحكم بأنه أجاز الاتفاق على فوائد ربوية مخالفة للقانون " (نقض مدني ١٩٥٣/٥/٢١ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٢ ص١٠٣٧) وبأنه " استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبه وبدون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانونا نزع الملكية رقم ٥ لسنة ١٩٠٧ المعدل بالمرسوم بقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٣١ وإن كان يعتبر بمثابة غصب وليس من شأنه أن ينقل بذاته ملكية العقار للحكومة بل تظل هذه الملكية لصاحب العقار رغم هذا الاستيلاء ويكون له المطالبة بريعه إلا أنه إذا اختار المطالبة بقيمة هذا العقار وحكم له بها فإنه وقت صيرورة هذا الحكم نهائيا تنتهي حالة الغصب وتصبح حيازة الحكومة للعقار**

مشروعة وتكون من هذا التاريخ مدينة لمن استولت على عقاره بالمبلغ المحكوم به به مقابل قيمة العقار ويلزمها الوفاء به فإن تأخرت حقت عليها الفائدة القانونية عن التأخير في الوفاء من تاريخ المطالبة القضائية بها عملا بالمادة ٢٢٦ من القانون المدني فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى للمطعون ضده بالريع عن المدة اللاحقة لتاريخ صدور الحكم له بقيمة العقار وقدر هذا بما يجاوز فوائد التأخير القانونية فإنه يكون مخالفا للقانون " (الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥) وبأنه " لما كان الثابت من عقد البيع أن الطرفين اتفقا على سداد باقي الثمن على قسطين وأنه إذا تأخر المشترون في الوفاء بأى قسط أو جزء منه التزموا باداء نصف أجرى الأطيان المبيعة دون تنبيه أو إنذار فإن هذا الشرط الجزائي يكون في حقيقته اتفاقا على فوائد عن هذا التأخير في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود يخضع لحكم المادة ٢٢٧ من القانون المدني ، فلا يجوز أن يزيد سعر الفائدة المتفق عليها عن سبعة في المائة وإلا وجب تخفيضها الى هذا الحد " (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢١)

- تعلق الحد الأقصى للفوائد بالنظام العام : **الحد الأقصى للفوائد مما يتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يجاوز الحد الأقصى .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" إن كل اتفاق على فائدة تزيد على الحد الجائز الاتفاق قانونا يكون باطلا فيما زاد على هذا الحد ، وهذا البطلان ما لأن سببه مخالفة القانون والنظام العام ، ولذلك لا تصح إجازة صراحة ، ومن باب أولى لا تصح إجازته ضمنا باستبدال دين به أو بإقراره بصلح ولو كان أمام القاضي ، وكل ما دفع زائد الفوائد الجائز الاتفاق عليها يجوز بمقتضى المادة ١٤٥ من القانون المدني ، المطالبة برده ، فإن حكم هذه المادة عام غير مقصور على الأحوال التي يكون الدفع فيها واقعا عن غلط " (الطعن رقم ٤٩ لسنة ٩ق جلسة ١٩٤٠/٥/٩) وبأنه " إن الشارع قد حرم زيادة فائدة الديون على أقصى معلوم ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منها ، ولما كان هذا التحريم مطلقا لا استثناء فيه ، وهو من النظام العام ، فإنه يكون واردا على الزيادة في فائدة الديون جميعا تفرقة بينهما ، سواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والديون ذات الفائدة المحتملة ، وإذ كان الاتفاق على مثل هذه الفوائد باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة بحال ، وكان لمن دفع تلك الفوائد حق استرداد الزائد منها على الحد القانوني ، فإن تعرض المحكمة لنية المتعاقدين وقولها إن المدين لم يكن ينوي استرداد المدفوع منه زائدا على الفائدة القانونية يكون من الخطأ ، لأن هذه النية ، لو صح وجودها ، لا يمكن أن يكون لها تأثير في الاسترداد المقرر بحكم القانون " (الطعنان رقما ٩١ ، ٩٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧) وبأنه " القانون المدني إذ نص في المادة ١٤٥ على أن من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده ، وهذا نص عام يشمل كل مبلغ مدفوع لغير مستحقيه فيدخل تحته المدفوع زائدا على الفائدة الجائز الاتفاق عليها ، وإذ نص في المادة ١٤٦ على إلزام الآخذ بفوائد ما أخذ إذا أخذه مع علمه بعدم استحقاقه إياه – إذ نص على هذا وذاك فإنه يكون قد أوجب على الآخذ أن يرد ما أخذه في الحال وأن يكون المبلغ المدفوع زائدا على الفائدة القانونية دينا لمن دفعه على من قبضه مستحق الأداء يوم قبضه ، ومن ثم تحصل به المقاصة يومئذ بحكم القانون طبقا للمادة ١٩٤ من القانون المدني " (الطعنان رقما ٩١ ، ٩٦ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧) وبأنه " إذا كان الحكم قد قضى بفائدة سعرها ٨٪ بعد سريان القانون المدني الجديد فإنه يكون قد خالف القانون ، ذلك أن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانونا هو مما يتصل**

بقواعد النظام العام مما يستلزم سريانه من تاريخ العمل بهذا القانون حتى على الاتفقات السابقة " (الطعن رقم ٢٧٠ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٢/١٦ ، والطعن رقم ٢٤٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/١١/٢٨) وبأنه " الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانونا هو من قواعد النظام العام فيسري السعرر المخفض من تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد القاضي بتخفيضه أى ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى على الاتفاقات السابقة على هذا التاريخ ، يؤيد هذا النظر ما ورد في هذا الخصوص في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المشار إليه ، وإذن فمتى كان الحكم فيه قد قضى للمطعون عليها بعد العمل بالقانون المدني الجديد بفائدة سعرها ٨٪ ابتداء من أول سبتمبر سنة ١٩٤٦ لحين الوفاء فإن هذا الحكم يكون قد خالف المادة ٢٢٧ من القانون المذكور في خصوص المدة اللاحقة للعمل به ويتعين نقض وتخفيض سعر الفائدة الى ٧٪ ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حتى تمام الوفاء " (الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٥/٢١)

كما قضت بأن **" تقضي المادة ٢٢٧ من القانون المدني الجديد بتخفيض الفوائد الاتفاقية الى ٧٪ ولم يستثن هذا النص من تطبيقه الاتفاقات السابقة على صدوره كما فعل القانون ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ولما كان تعيين الحد الأقصى للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها هو مما يتصل بالنظام العام ، فإن حكم هذه المادة ينطبق بأثر فوري من تاريخ العمل بالقانون الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥ ويسري السعر المخفض من هذا التاريخ حتى على الاتفاقات السابقة عليه وذلك بالنسبة للفوائد التي تستحق منذ نفاذ ذلك القانون " (الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧) وبأنه " لا يجوز للمحكوم له أن يتقاضى فائدة اتفاقية تزيد على سبعة في المائة من تاريخ سريان المادة ٢٢٧ مدني التي استقر قضاء هذه المحكمة على سريانها من تاريخ صدور القانون على الاتفقابات السابقة على العمل به – ولا يحد من هذا أن يكون قد صدر حكم بالدين مع فوائده الاتفاقية بواقع ٩٪ حتى تمام الوفاء – على أساس هذا الاتفاق – قبل العمل بأحكام القانون المدني الجديد " (الطعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٢٥) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد حدد الفوائد القانونية يسعر ٥٪ سنويا من تاريخ المطالبة الرسمية حتى السداد وذلك إعمالا لنص المادة ١٢٤ من القانون المدني القديم التي تحكم العلاقة بين الطرفين فإنه يكون قد أخطأ في هذا التحديد بالنسبة للمدة التي تبدأ من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون المدني الجديد ويتعين انقاصها الى ٤٪ من هذا التاريخ وفقا لنص المادة ٢٢٦ منه " (الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤)**

- استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليها بالمادة ٢٢٧ مدني :

استثنى المشرع العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه بالمادة ٢٢٧ من القانون المدني ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزي في تحديد أسعار الفوائد التي يجوز للبنوك أن تتعاقد في حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تتسم بالمرونة وتتمشى مع سياسة النقد والائتمان التي تقرها الدولة في مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة .

وقد قضت محكمة النقض بأن **" أجاز المشرع في المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي**

لمجلس إدارة هذا البنك "تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها في أى تشريع آخر" ، وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – الى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدني ، وهو ما حدده الهيكل المنظم لسعر الفائدة الصادر من مجلس إدارة البنك المركزي المعمول به اعتبارا من ١٩٨٩/٥/١٥ على الودائع والقروض والسلفيات والخصم للعملاء " (الطعن رقم ٣٧٧٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٢/١٧) وبأنه " استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . عدم إلغاء هذا الحد كلية . الترخيص لمجلس إدارة البنك المركزي في تحديد أسعار الفوائد التي يجوز للبنوك التعاقد في حدودها على العمليات المصرفية . ق١٢٠ لسنة ١٩٧٥ . سريان الأسعار على العقود والعمليات التي تبرم أو تجدد في ظل هذا القانون سريانها على العقود السابقة على صدوره . شرطه " (الطعن رقم ٣٠٤٥ لسنة ٨٥ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٩) وبأنه " العلاقة بين البنوك وعملائها . خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة . قرارات البنك المركزي . ليست على إطلاقها من القواعد المتعلقة بالنظام العام . مؤداه خضوع عقود البنوك مع عملائها لهذه القواعد في حالة تجاوز سعر الفائدة للحد الأقصى لهذه القرارات " (الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٦) وبأنه " أ- حرم الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧٪ ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها – مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال، ب- وأجاز الشارع في المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي لمجلس إدارة ذلك البنك "تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها في أى تشريع آخر " وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع الى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصة للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدني ، ولكنه لم يشأ مسايرة بعض التشريعات الأجنبية فيما ذهبت إليه من إلغاء هذا القيد كلية ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزي في تحديد أسعار الفوائد التي يجوز للبنوك أن تتعاقد في حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تتسم بالمرونة وتتمشى مع سياسة النقد والائتمان التي تقرها الدولة في مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة" ، جـ- وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزي في إطار المادتين الأولى والسابعة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ اللتين تمنحان للبنك المركزي سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقا للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقا للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعني أن القرارات التي يصدرها مجلس إدارة البنك المركزي استنادا الى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها ، وتتضمن رفعا لسعر الفائدة الذي يجوز للبنوك التعاقد عليها في عملياتها المصرفية تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسري بأثر مباشر على ما يستحق في ظلها من فائد العقود السابقة على العمل بها ، ذلك أن الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين ،

فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه ، ويبين من النص المشار إلأيه أن الشارع التزم هذا الأصل ، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التي تبرمها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار ، مما مؤداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التي نشأت في ظلها وهو ما التزمت به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التي تصدرت كتاب البنك المركزي الصادر في أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن " تسري هذه الأسعار على العقود والعمليات التي أبرمت في ظلها أما بالنسبة للعمليات القائمة التي أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أى أن العقود تظل محكومة بالأسعار التي كانت سارية وقت التعاقد" كما تضمنت قرارات البنك المركزي الأخرى التي صدرت استنادا الى الفقرة (د) المشار إليها بندا يقضي بسريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة دوالعقود القائمة في حالة سماحها بذلك وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم ينصرف الى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائيا على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها . لما كان ذلك ، وكانت العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزي المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليه بها الحد الأقصى الذي تحدده القرارات إذ يجري عليها في هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المصنوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدني ، اعتبارا بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانونا هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مما يتصل بقواعد النظام العام " ، د- مؤدى ما تقدم أن العقود السابقة على العمل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ تبقى بعد نفاذه محكومة بما تضمنته نصوصها وخاضعة للقانون الذي نشأت في ظله ما لم يتفق أطرافها على تعديل سعر الفائدة طبقا للقرارات الجديدة ، ولا يغير من ذلك أن يكون متفقا بهذه العقود على تخويل البنك الدائن رخصة رفع السعر المتفق عليه فيها دون حاجة لموافقة مجددة من المدينين ، لأن هذا الاتفاق يكون قد انعقد مقيدا بالحد الأقصى للفائدة الذي كان معمولا به وقت العقد ، فلا يستطيع البنك الدائن أن يرفع بإرادته المنفردة سعر الفائدة في ظل القرارات الجديدة الى ما يجاوز هذا الحد " (الطعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧) وبأنه " أ- المقرر – في قضاء محكمة النقض – أن أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة التي يحددها مجلس إدارة البنك المركزي على العمليات المصرفية عملا بالمادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزي والجهاز المصرفي تسري على العقود والعميلات التي تبرم أو تجدد في ظل سريان هذا القانون وكذا العقود والعمليات السابقة في حالة سماحها بذلك ، ب- المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة بما مؤداه أن النص في العقود التي تبرم معهم على تخويل البنك الدائن رخصة رفع سعر الفائدة المتفق عليها دون حاجة لموافقة مجددة من المدين وذلك طبقا لما يصدره البنك المركزي من قرارات ثم قيام البنك المقرض بتعاطي هذه الرخصة ليس معناه أن تعديل سعر الفائدة بالزيادة في هذه الحالة راجعا الى محض إرادة الدائن وحده بل هو نتيجة لتلاقي كامل إرادة طرفى القرض على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزي من حد أقصى لما يجد من عموم متغيرات الظروف الاقتصادية بما يكفل صالح الاقتصاد

القومي في مجموعة بغض النظر عن المصـــلحة الفردية التي تعود على المقترض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته " (الطعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٥٩ق جلســة ١٩٩٦/١١/٧) وبأنه " لئن كان الشــارع قد حرم بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني زيادة سـعر فائدة الديون على حد أقصـى معلوم مقداره ٧٪ ونص على تخفيضــها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وألزمخ برد ما قبضــه مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التي تتسوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال إلا أنه أجاز في المادة السـابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسـنة ١٩٧٥ بشـأن البنك المركزي والجهاز المصـرفي لمجلس إدارة ذلك البنك "تحديد أسـعار الخصـم وأسـعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصــرفية حســب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقات لسـياســة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصــوص عليها في أى تشريع آخر " ، وهو ما يدل على اتجاه قصد الشارع الى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليها في المادة ٢٢٧ من القانون المدني " (الطعن رقم ١٤٠١ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٥/٦)

﴿ المـــادة ٢٢٨ ﴾

" لا يشترط لا ستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضـرراً لحقه من هذا التأخير **".**

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٢٩ سوري ، المادة ٢٣١ ليبي ، المادة ١/١٧٣ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٦ من المشـروع التمهيدي على وجه مطابق لما اســتقر عليه في التقنين الجديد وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المـادة ٢٣٥ من المشـروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم ٢٢٨ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٨٧)

وقد جاء بمذكرة المشــروع التمهيدي أنه **" مع أن فوائد التأخير ليســت على وجه الإجمال إلا صورة من صور التعويض ، إلا أنها تستحق دون أن يلزم الدائن بإثبات خطأ المدين ، بل ولا بإقامة الدليل على ضــرر حل به ، فالأصــل أن تقدير هذه الفوائد تقدير جزافي ، سواء أحسبت على اساس السعر القانوني ، ام على أساس سعر اتفاقي .... الخ" .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- عدم اشتراط ثبوت ضرر لاستحقاق الفوائد التأخيرية : **تنص المادة صراحة على أنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية حصول ضرر للدائن ، فلا يشترط القانون إذن أن يثبت الدائن أن ضررا أصابه من التأخر في الوفاء فالقانون يفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن مجرد تأخر المدين عن الوفاء بالمبلغ الذي في ذمته يحدث ضررا للدائن ولا يستطيع المدين من ناحية أخرى أن ينفي وقوعه ، وبالتالي يستحق الدائن التعويض القانوني المتمثل في الفوائد التأخيرية ، دون حاجة لإثبات أن ضررا قد لجقه بسبب التأخير في الوفاء ، فإن تضمن الاتفاق أجلا لوفاء**

أصل الدين ولم يشتمل على استحقاق الدائن فوائد في حالة التأخير في الوفاء ، أو كان الدين بمثابة تعويض عن إخلال بالتزام عقدي أو تقصيري ، فإن الفوائد تستحق من تاريخ المطالبة القضائية أو الإعذار أو وفقا للعرف التجاري أو الحكم النهائي على التفضيل الذي أوضحناه بصدد المادة ٢٢٦، ومتى طلت الدائن الفوائد التأخيرية ، وجب على المحكمة أن تقضي له بها دون إلزامه إثبات أن ضررا لحقه من جراء التأخير في الوفاء ، وليس المدين أن يطلب رفض القضاء بها ، استنادا الى انتفاء الضرر أو الى أن الفوائد محرمة شرعا ومخالفة للشريعة الإسلامية ، إذ يلتزم القاضي بتطبيق القانون الوضعي المعمول به حتى لو خالف تلك الشريعة . (أنور طلبة ص٣٨٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن **" تنص المادة ٢٢٨ من القانون المدني على أنه "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير" ، ومفاد ذلك أن القانون افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس" (الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١) وبأنه " إذا كانت الفوائد التأخيرية تفترض حلول أجل الوفاء بالدين وترصد على تعويض الضرر الناشئ عن التأخير في هذا الوفاء ، وكان المشروع قد نص في المادة ٢٢٨ من التقتين المدني على أنه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير – قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير ، بما مفاده أنه يفترض وقوع الضرر بمجرد التأخير في الوفاء إلا أن ذلك لا ينفي وجود توافر ركن الخطأ في جانب المدين حتى تتحقق مسئوليته ، وإذا كان تأخير المدين في الوفاء بدينه في الأجل المحدد له يعتبر خطأ في حد ذاته إلا أنه إذا ثبت أن هذا التأخير يرجع الى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه انتفت مسئوليته . لما كان ذلك ، وكان فرض الحراسة الإدارية على أموال شخص بمقتضى الأمر رقم ١٣٨ لسنة ١٩٦١ يوجب – بمجرد صدور الأمر به – غل يد ذلك الشخص عن إدارة لأمواله وأخضعها سداد التزاماته واقتضاء حقوقه – فإنه يترتب على فرض هذه الحراسة وقت سريان الفوائد التأخيرية – قانونية كانت أو اتفاقية – على الديون التي حل أجل الوفاء بها يعد صدور قرار فرض الحراسة " (الطعن رقم ٩١٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٩)**

- وقف سريان الفوائد بالنسبة لديون الخاضعين للحراسة : **يتم وقف سريان الفوائد بالنسبة لديون الخاضعين للحراسة ولكن هذا الإيقاف يقتصر على الفوائدد التأخيرية فقط دون الفوائد العادية المستحقة على القرض ، ويكون ذلك لمدة محددة تبدأ من تاريخ فرض الحراسة وحتى نهاية السنة التالية لنفاذ القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ الخاص بإصدار قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" النص في المادة ١٥ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ بإصدر قانون تسوية الأوضاع الناشئة عن فرض الحراسة على أن " لا تسري الفوائد التأخيرية على ديون المعاملين بهذا القانون والتي يصدر بالاعتداد بها قرار من رئيس جهاز التصفية والمستحقة للجهات المنصوص عليها في المادة ١١ وذلك اعتبارا من تاريخ فرض الحراسة حتى مضى سنة من تاريخ العمل بهذا القانون "يدل على إن إيقاف السريان يشمل الفوائد التأخيرية فقط دون الفوائد العادية المستحقة على القرض ، ولمدة محددة تبدأ من تاريخ فرض الحراسة على المطعون ضدهم في ١٩٦١ وحتى مضى سنة من تاريخ فرض الحراسة على المطعون ضدهم في ١٩٦١ وحتى مضى سنة من تاريخ العمل بهذا القانون في ١٩٧٤/٧/٢٥ " (الطعن رقم ١٦١٥ لسنة ٦٢ق**

جلسة ٢٠٠٠/٤/١١) وبأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد بأسبابه تدليلا على براءة ذمة المطعون ضدهم من الدين المضمون بالرهن قيام الحراسة بسداد مبلغ .... جنيه وقيام الورثة بسداد مبلغ .... جنيه دون أن يبين ما إذا كان هذا المبلغ يشمل أصل الدين والفوائد وكذلك الفوائد التأخيرية اعتبارا من نهاية السنة التالية لنفاذ القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ سالف الذكر إعمالا لحكم المادة ١٥ منه وهو ما جرى به دفاع البنك الطاعن (دفاعه بأن الإعفاء الوارد في المادة ١٥ من القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٤ لا يشمل الفوائد العادية المستحقة على القرض بل يقتصر على الفوائد التأخيرية من تاريخ فرض الحراسة حتى نهاية السنة التالية لنفاذ القانون) بما يعيبه بقصور في التسبيب يعجز هذه المحكمة عن إعمال رقابتها في صحة تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٦١٥ لسنة ٦٢ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١١)

﴿ المـــادة ٢٢٩ ﴾

" إذا تسبب الدائن ، بسوء نية ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو لا يقضي بها اطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر **" .**

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٠ سوري ، المادة ٢٣٢ ليبي ، المادة ١/١٧٣ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " إذا تسبب الدائن ، وهو يطالب بحقه ، في إطالة أمد النزاع بخطئه ، فللقاضي أن يخفض الفوائد ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقا ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر " ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٦ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ ذكر أن هذه المادة تعالج حالى الدائن سيئ النية الذي يحاول إطالة أمد النزاع كى تستمر الفوائد في سريانها ، وقد أثبت العمل أنه كثيرا ما يلجأ الدائن الى إنكار الإمضاء أو الى الدفوع أو رج القاضي ، ورأت اللجنة أن تدخل عبارة (بسوء نية) بدلا من كلمة (بخطئه) لأن دائرة الخطأ قد تتسع لفروض لا يحسن فيها توقيع هذا الجزاء ، ولهذا آثرت اللجنة أن يكون الجزاء قاصرا على سوء النية وحدها ، وأصبحت المادة رقمها ٢٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٨٨ ، ٥٨٩)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" ويستثنى كذلك من اعتبار التقدير في فوائد التأخير جزافا ، ما تقضي به المادة ٣٠٧ من المشروع فهى تبيح للقاضي ، على نقيض ما تقدم في الحالة السابقة ، "أن يخفض فوائد التأخر ، قانونية كانت أو اتفاقية ، وألا يقضي بها إطلاقا ، عن المدة التي يطيل فيها الدائن أمد النزاع في المطالبة بحقه بخطأ منه دون مبرر يستلزم تلك الإطالة " ، بيد أن أثر هذا التخفيض أو ذاك الإسقاط لا ينسحب إلا على الفترة التي يطول فيها أمد النزاع ، دون مبرر ، من جراء خطأ الدائن ، ولا يستلزم إعمال هذا النص رفع خصومة الى القضاء ، بل يكفي أن يلجأ الدائن في المطالبة بحقه الى إجراءات لا طائل في بطئها ، على أن انتفاع المدين بحكم هذه المادة مشروط بإقامة الدليل على وقوع خطأ من الدائن ، وقصارى القول أن استثناء هذه الحالة لا يعدو أن يكون تطبيقا لفكرة الخطأ المشترك ، وقد تقدم أن الأثر المعتاد لهذا**

الخطأ هو انتقاص التعويض ، وقديما فطنت محكمة الاستئناف الأهلية الى هذا التطبيق (١٠ مارس سنة ١٨٩٦ حقوق ١١ ص١٧٥) فهو من هذه الوجهة ، ليس بالجديد كل الجدة بالنسبة للقضاء المصري .

﴿ الشـــرح ﴾

- جواز تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها في حالة تسببه الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع بدون مبرر : **أجازت المادة ٢٢٩ مدني للقاضي تخفيض الفوائد القانونية كانت أو اتفاقية أو عدم القضاء بها أصلا وذلك إذا كان الدائن قد تسبب بسوء نية في إطالة أمد النزاع بلا مبرر . فالدائن قد يتعسف في المطالبة بحقه وفي الإجراءات التي وضعها القانون تجت تصرفه للوصول الى هذا الحق ، فبدلا من أن يعمد الى حقه يعمد الى إطالة أمد النزاع حتى تتراكم الفوائد على المدين لذا أراد المشرع أن يرد عليه قصده بحرمانه من هذه الفوائد كلها طوال المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر ، ويبين من ذلك أن تطبيق هذا الحكم يقتضي** توافر شرطين (الأول) **إطالة الدائن أمد النزاع بلا مبرر ، مثل ذلك أن يلجأ الدائن الى إنكار إمضائه الموضوع على مخالصة صدرت منه بجزء من حقه ، أو الى الطعن في المخالصة بالتزوير ، أو الى الإكثار من الدفوع الكيدية ، أو الى رد القضاء وما الى ذلك وليس من الضروري أن يرفع الدائن خصومة الى القضاء ، بل يكفي أن يلجأ في ذلك الى إجراءات لا مبرر لها الإطالة أمد النزاع ، مثل ذلك إعراض المدين ورفضه قبول الدين دون سبب مشروع مما يضطر المدين أن يسلك إجراءات العرض الحقيقي ، فيعمد الدائن الى إطالة أمد هذا العرض وهكذا . (السنهوري ص٣٢٨)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" إعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني بتخفيض الفوائد كانت أو اتفاقية ، أو عدم القضاء بها إطلاقا ، لا يستلزم على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – رفع خصومة الى القضاء يكون الدائن مدعيا فيها ، بل يكفي أن يلجأ الدائن في المطالبة بحقه الى إجراءات لا طائل من بطئها ، وإذ كان عرض المدينين للباقي من دين الطاعن لتبرئة ذمتهم يستلزم وقوفهم على حقية هذا الباقي ، وكان الحكم قد خلص الى أن المدينين لم يتمكنوا من معرفة هذا الباقي رغم إنذارهم البنك المرة بعد الأخرى ومقاضاته ، وهذا الذي خلص إليه الحكم له أصله الثابت في الأوراق ، فإن النعى عليه – لإسقاط الفوائد استنادا الى أن البنك الطاعن قد تسبب بسوء نيته في إطالة أمد النزاع – يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٣/٢/٨)**

(والشرط الثاني) سوء نية الدائن : **فلا يكفي أن يكون الدائن قد تسبب في إطالة أمد التقاضي بدون مبرر ، لأنه لو توافر بذلك الخطأ التقصيري في حقه ، فإن هذا الخطأ ولو كان جسيما لا يبرر تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها ، إنما يلزم توافر سوء نية الدائن ، بإثبات انصراف قصده الى الإضرار بالمدين ، بمسلكه في الدفاع ، والأصل توافر حسن النية ، الى أن يقوم الدليل على ما يخالف ذلك (أنور طلبة ص٣٨٧) ويقع على عاتق المدين إثبات سوء نية الدائن في إطالة أمد النزاع لزيادة الفوائد ، كما يجب أن يشير الحكم الى أدلة سوء النية .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" لا يكفي لإعمال الجزاء المنصوص عليه في المادة ٢٢٩ من القانون المدني وقوع خطأ من الدائن في مسلكه في الدفاع في الخصومة ولو كان هذا الخطأ جسيما ، بل لابد من ثبوت سوء نيته وتعمده الإضرار بالمدين حتى**

تتراكم عليه الفوائد ، ومن ثم فإن مجرد إبداء الدائن دفاعا يخفق في إثباته لا يدل بذاته على أنه كان سيئ النية في إطالة أمد التقاضي ، بل لابد لذلك من أن يثبت أن هذا الدفاع كيدي وأن القصد من تقديمه إطالة أمد التقاضي إضرارا بالمدين" (الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد بين الإجراءات التي قام بها الطاعن (الدائن) بقصد إطالة أمد النزاع ودلل على سوء نيته بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها وقضى بتخفيض الفائدة المتفق عليها وفقا للمادة ٢٢٩ من القانون المدني ، فإن ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه من الخطأ في تطبيق هذه المادة يكون على غير أساس" (الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١٠/٢٢) وبأنه " تقرير الحكم المطعون فيه أنه يترتب على تراخي الدائن في تنفيذ الحكم الصادر لصالحه عدم استحقاقه لفوائد التأخير غير صحيح في القانون ، ذلك أن التراخي في التنفيذ لا يكون له أثر في المدة السابقة على صدور الحكم الابتدائي ولا يمنع من استحقاق الفوائد إذ كان على المدين أن يوفى بالدين أو أن يتمسك بأى سبب من أسباب انقضائه " (الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)

- عدم تعلق أحكام المادة بالنظام العام : **لا يتعلق نص المادة ٢٢٩ بالنظام العام ، ومن ثم لا يجعل للمحكمة تخفيض الفوائد أو عدم القضاء بها من تلقاء نفسها ، يجب أن يتمسك المدين بذلك . (أنور طلبة ص٣٨٨)**

﴿ المـــادة ٢٣٠ ﴾

" عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبراً لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين بعد رسو المزاد لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن ، أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيها ، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة . وهذه الفوائد تقسم بين الدائنين جميعاً قسمة غرماء **"**.

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣١ سوري ، المادة ٢٣٣ ليبي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا عبارة (دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له) الواردة في آخر نص المشروع التمهيدي ، وأقرت لجنة المراجعة النص ، وأصبح رقمه ٢٣٧ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة (دون تمييز ... الخ) لأن قسمة الفوائد بين الدائنين جميعا قسمة غرماء في معنى هذه العبارة ، وأصبح رقم النص ٢٣٠ ، ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٩٠ ، ٥٩٢)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" استحدث المشرع حكما ينطوي على حقيقة التجديد ، وإن كان يجانس في مرماه ذلك الاستثناء الذي أشارت إليه المادتان ٢٠٧ ، ٣٠٩ من المشروع ، فقد نص في المادة ٣٠٨ على أن فوائد التأخر لا تسري بسعرها المقرر إلا من وقت رسو مزاد الأموال التي يباشر الدائن إجراءات التنفيذ عليها ، لاستيفاء دينه ، فلا يكون للدائن بعد رسو المزاد حق اقتضاء فوائد إلا في حدود ما**

يستحق منها قبل الراسي عليه المزاد ، أو قبل خزينة المحكمة ، وبهذا تخفيض فوائد التأخر ، متى كان سعر الفائدة المستحقة قبل الراسي عليه المزاد ، أو قبل خزينة المحكمة ، أقل من سعر الفائدة الواجبة على المدين وهو ما يقع في أغلب الأحيان ، وغني عن البيان أن هذا الحكم يعدل كل العدل بحقوق المدين ، ويكفل له من الحماية ما يؤمنه من بطء إجراءات التنفيذ ، ثم إنه يحمي الدائنين بعضهم من البعض الآخر ، من طريق تحيق المساواة بينهم في توزيع الفوائد المستحقة قبل الراسي عليه المزاد ، وقبل الخزينة ، إذ تقسم بينهم قسمة غرماء ، دون تمييز بين دائن مضمون حقه ودائن لا ضمان له " .

﴿ الشـــــرح ﴾

- مناط استحقاق الفوائد في حالة البيع بالمزاد الجبري : **الأصل عدم استحقاق فوائد تأخير عن المبالغ الناتجة عن البيع الجبري ، حيث رأى المشرع أن المدين قد يتحمل غرما فادحا من جراء بطء إجراءات توزيع الثمن الناتج عن البيع الجبري ، فقد تطول هذه الإجراءات زمنا طويلا دون ذنب منه ، وتراكم عليه بسبب ذلك فوائد الديون طوال المدة التي تستغرقها إجراءات التوزيع ، فيضر ذلك بالمدين نفسه وهذا ظاهر ، كما يضر بالدائنين العاديين أو الدائنين المقيدين المتأخرين في الترتيب بسبب تضخم فوائد الديون ، فنص المشرع في المادة ٢٣٠ على أنه بمجرد رسو مزاد مال معين من أموال المدين يقف سريان فوائد التأخير التي يجوز لدائنيه أن يتقدموا بها في توزيع ثمن هذا المزاد بالذات ، وهذا الوقف يخفف العبء عن المدين ذاته من جهة ويحافظ من جهة أخرى على النسبة التي كانت قائمة بين مراكز دائنيه في تاريخ رسو المزاد من حيث مقدار ما تجمد لهم من ديون وفوائد ، لأن كل إضافة لاحقة الى ما كان يستحقه في ذلك التاريخ الدائن الأول في الترتيب تؤثر في حقوق الدائنين التاليين العاديين (السنهوري ص٨٢٢) غير أن المشرع قد استثنى من القاعدة السابقة حالتان يستحق فيهما الدائنون فوائد التأخير بعد رسو المزاد هما :**
١- أن يكون الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن : إذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن ، نظير عدم سداده ، فإن الدائنين يستحقون فوائد هذا الثمن . ٢- أن تكون خزانة المحكمة ملزمة بفوائد الثمن : إذا أودع ثمن المال خزانة المحكمة ، وكانت الخزانة ملزمة بفوائده بسبب إيداع الثمن فيها ، فإن الدائنين يستحقون فزائد هذا الثمن (عزمي البكري ص٨٠٥) ولا يستحق الدائنون ما يجاوز تلك الفوائد ، وتوزع عليهم جميعا كغرماء أن تقسم بينهم قسمة غرماء ، فيختص كل منهم بقدر يستاوى مع دينه بالنسبة لديون باقي الدائنين ، فلا يعتد في هذا الصدد بالأسبقية في قيود الحقوق العينية التبعية لانحصار ذلك في توزيع حصيلة التنفيذ المترتبة على ثمن الأموال المنفذ بها عليها دون الفوائد المستحقة عن هذا الثمن أو الباقي منه ، لتعلق الأسبقية بالحقوق التي ترتبت في ذمة المنفذ ضده والمضمونة برهن أو امتياز أو اختصاص ، إذ تنقضي برسو المزاد حتى لو تخلف الراسي عليه المزاد عن إيداع الثمن أو الباقي منه ، وينشأ عن هذا التخلف التزام جديد لا تقدم فيه لأى من الدائنين . (أنور طلبة ص٣٩٠)

﴿ المـــادة ٢٣١ ﴾

" يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضـاف إلى الفوائد إذا ثبت أن الضـرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٢ سوري ، المادة ٢٣٤ ليبي ، المادة ٢/١٧٣ عراقي ، المادة ٢/٢٦٥ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٠٩ من المشـــروع التمهيدي على الوجه الآتي " يجوز للدائن أن يطالب بتوعيض تكميلي يضـاف الى الفوائد ، إذا أثبت أن الضـرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو ضرر جسيم " ، وأقرت لجنة المراجعة النص تحت رقم ٢٣٨ في المشـــروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة (بسوء نية) بعبارة (بغش منه أو بخطأ جسيم) تمشيا مع التعديل الذي جاء في المادة ٢٣٦ (٢٢٩ مدني) وأصـــبحت المادة رقمها ٢٣١ ، ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٩٣ ، ٥٩٥)

﴿ الشـــــرح ﴾

- مطالبة الدائن بتعويض تكميلي يضـــاف الى الفوائد : **أجاز المشـرع للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضـاف الى الفوائد ، وإذا أثبت أن المدين قد تسبب بسـوء نية في إحداث ضـرر يجاوز الضـرر الذي جعلت الفوائد تعويضـا له فقد نصت المادة ٢٣١ مدني على أنه " " يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضـــاف إلى الفوائد إذا ثبت أن الضـرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسـوء نية ". ونلاحظ من هذا أنه يجب للمطالبة بتعويض تكميلي أن يثبت الدائن أمرين : أولهما : أن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه قد ألحق به ضـــررا يزيد على مقدار الفوائد القانونية أو الاتفاقية ، أى ألحق به ضـــررا غير مألوف ، لا ينجم عادة من مجرد التأخير في الوفاء ، كأن يكون قد فوت عليه صـــفقة لو تمت لحققت له ربحا كبيرا ، أو أعجزه عن تفادي خســارة فادحة كان من الممكن تلافيها لو تم الوفاء في الميعاد المحدد له (أنور ســلطان ص٢١٧) وثانيهما : ســوء نية المدين : ومعنى ســوء النية تعمد المدين الإضرار بالدائن فيتعمد التخلف عن الوفاء بالتزامه وهو عالم بالضرر الزائد الذي يصيب الدائن من جراء ذلك .**

وقد قضـت محكمة النقض بأن **" تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يســتوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بســـوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضـــرر اســـتثنائي بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون المدني التي جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقنينا لما جرى عليه القضـــاء في ظل القانون الملغي ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على اســاس سـعر الدولار يوم الاســتحقاق وبالفرق بين السـعر يوم الاسـتحقاق والسـعر يوم صدور الحكم الابتدائي علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير في الوفاء دون أن يستظهر سـوء نية الطاعن فإنه يكون مشـــوبا بالقصـــور " (الطعن رقم ١٠٥ لســـنة ٢٦ق جلســـة ١٩٦١/٦/٢٢) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدني أنه يشـــترط للحكم بالتعويض التكميلي بالإضـــافة الى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما**

حدوث ضـــرر اســـتثنائي به لا يكون هو الضـــرر المألوف الذي ينجم عادة عن مجرد التأخير في وفاء المدين بالتزامه ، وثانيهما ســـوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدثه ذلك لدائنه من الضرر ، وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة المضووع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرهمـا فـإن الحكم المطعون فيـه إذ لم يقض لهم بـالتعويض التكميلي ســكون صــحيحا في القانون "الطعنان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لســنة ٣٩ق جلســة ١٩٧٦/١٢/٣٠)

﴿ المـــادة ٢٣٢ ﴾

" لا يجوز تقاضــــي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضـــاه الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٣ سوري ، المادة ٢٣٥ ليبي ، المادة ١٧٤ عراقي ، المادة ٧٦٨ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٠ من المشـــروع التمهيدي على الوجه الآتي " ١- الفوائد على متجمد – الفوائد لا تكون مستحقة إلا إذا طولب بها قضائيا أو تم الاتفاق عليها بعد اســتحقاق الفوائد المتجمدة ، على أنه يبلغ المتجمد في الحالتين فوائد ســنة على الأقل ، وهذا دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية . ٢- أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد فتعتبر رؤوس الأموال من حيث اســتحقاق الفوائد عنها " ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٣٩ في المشـــروع التمهيدي ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدل بالمادة بفقرتيها النص الذي استقر في التقنين الجديد ، وقد راعت اللجنة في ذلك ألا تتكرر الفوائد بتقاضـــي فوائد على متجمد الفوائد ، وأن من المصلحة أن يحال بين الدائن وبين استغلال المدين باقتضـاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن ، يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأس ماله ، وقد أخذت بهذا الحكم دول أخرى منها ســورية والعراق ، وأصـــبحت المادة رقمها ٢٣٢ ، ووافق مجلس الشيوخ عليها كما وضعته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٩٦ ، ٥٩٧)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" لم يغب عن المشروع ما للفوائد المركبة من بالغ الأثر في زيادة أعباء المدين ، ولاســيما بعد أن عمدت بعض التقنينات الحديث الى تحريمها (انظر مثلا المـادة ١٠٥ فقرة ٣ من تقنين الالتزامات الســويســري ، والمادتين ٢٤٨ ، ٢٤٩ من التقنين الألماني) بيد أنه رأى إباحتها بشـــروط ثلاثة : فاشــترط أن تكون واجبة الأداء ، وأن تكون مســتحقة عن ســنة على الأقل ، وأن يتم الاتفاق على التجميد ، أو يطالب الدائن به قضـائيا ، بعد أن يصـبح ما يراد تجميده منها مستحق الأداء (قارن المادة ١٨٦/١٢٦ من التقنين المصري ، ويظهر أنها تبيح الاتفاق على التجميد قبل حلول الفائدة ، وقد جرى القضـاءان المصـري والفرنسـي على ذلك ، خلافا لرأى الفقه في فرنسـا) ولا يشـترط في هذا الصـدد حلول أجل الوفاء برأس المال المنتج لتلك الفوائد ، ويلاحظ أن ما يسـتحق من الالتزامات في مواعيد دورية ، كالأجرة ، والإيرادات الدائمة ، أو المرتبة مدى الحياة ، لا يعتبر من قبيل الفوائد بمعناها الفني الدقيق ، فيجوز تجميد الأجر والإيرادات وما إليها ، دون حاجة الى توافر الشـــروط**

الثلاثة التي تقدم ذكرها ، ذلك أن هذه الالتزامات لا تفترق عن سـائر ضـروب الالتزام بأداء مبلغ من النقود ، فهى تنتج ما يستحق عنها من الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ، أو من التاريخ المتفق عليه ، ولو وقع الاتفاق قبل أن تصبح بذاتها واجبة الأداء ، ولا يشترط فوق هذا أن يحل أجل الوفاء بها ، أو أن تكون مستحقة عن سنة على الأقل ، وكذلك يكون الحكم في رد الثمرات والفوائد التي يتولى الغير أداءها للدائن وفاء الدين (انظر المادة ١١٥٥ من التقنين الفرنسي ، والمادة ١٠٤ من المشروع الفرنسي الإيطالي) ويلاحظ أخيرا أن عرف التجارة قد يقضي بالخروج النصوص الخاصة بتجميد الفوائد ، ومن ذلك مثلا إجازة تجميد يستحق منها عن مدة تقل عن سنة في الحساب الجاري حاجة الى اتفاق أو مطالبة قضائية ، ويراعى أن الحساب الجاري خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح محكما فيه فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق سريان فوائد التأخير ، وفيما يتعلق بتجميد الفوائد ، وقد استثنى كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونية ، فلا يتحتم أن يكون السعر ٥٪ بل يجوز أن يختلف تبعا لتفاوت الأسعار الجارية الأسواق .

﴿ الشـــرح ﴾

- عدم جواز تقاضـي فوائد على مجتمد الفوائد : **يتبين لنا من نص المادة ٢٣٢ مدني سالفة الذكر أن المشرع قد حظر أمرين أولهما : تقاضي فوائد على متجمد الفوائد التي لم تسدد وهو ما يعرف بالفوائد المركبة ، وثانيهما تجاوز الفوائد رأس المال ، وعلة هذا التحريم أن تجميد الفوائد فيه خطر شديد على المدين لأنه يؤدي الى سرعة تضخم الدين ، ويكفي لبيان ذلك أن نذكر أنه إذا أقرض الدائن مدينه بفائدة ٤٪ فإن مبلغ الدين يتضاعف في حوالي ١٩ سنة إذا كان الربح مركبا ، على حين أنه لا يتضاعف إلا في ٢٥ سنة إذا كان الربح بسيطا ، وإذا كانت الفائدة ٥٪ تضاعف الدين في ١٤ سنة في حالة الربح المركب ، وفي ٢٠ سنة حالة الربح البسيط (أنور سلطان ص٢١٦) ويلاحظ أن الحظر لا ينصرف الى كافة الاستحقاقات الدورية ، فهو قاصر على الفوائد بالمعنى الدقيق المعروف ، أما الاستحقاقات الدورية غير الفوائد بالمعنى الفني الدقيق فلا يسري عليها هذا الحظر ، فيجوز تجميد الأجر والإيرادات المرتبة مدى الحياة والاستحقاق في الوقف والمطالبة بفوائد تأخيرية قانونية عنها ، أو الاتفاق على أن التأخر في دفعها ينتج فوائد تأخيرية ، فهذه الاستحقاقات الدورية لا تعد فوائد ، ومن ثم تعتبر رؤوس أموال من حيث استحقاق الفوائد عنها (إسماعيل غانم ص١٣١ ، نبيل إبراهيم ص٨٧) وقد حرص النص على أن يستثنى من حكمه ، ما جرى به القواعد والعادات التجارية ، التي تسمح بتقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، مثل احتساب فوائد مركبة حتى عن المستحق منها لمدة تقل عن سنة ، كما في الحساب الجاري ، دون مطالبة قضائية ودون اتفاق .**
- حظر زيادة مجموعة الفوائد على رأس المال : **رأينا أن المادة ٢٣٢ مدني تقضي بأنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموعة الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ولم يكن القانون القديم يحظر تجاوز الفوائد رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مستحقة لمدة سنة أو تزيد .**

فقد قضت محكمة النقض بأن **" مفاد المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي القواعد والعادات**

التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف بتجميد الفوائد في الحساب الجاري " (الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢) وبأنه " لم يكن القانون المدني القديم يحول دون تقاضي الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضي فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد إلا أن نص المادة ٢٣٢ من القانون المدني استحدث حكما جديدا مؤداه أن المشرع قد حظر أمرين أولهما منع تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال ، وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضي به القواعد والعادات التجارية ، وهذه القواعد لا تسود إلا في نطاق المعاملات التجارية " (الطعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/١/٢٧) وبأنه " ليس في نصوص القانون المدني القديم ما يمنع اقتضاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال ، إلا أن المشرع استحدث في القانون المدني القائم قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التي نص على أنه " لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ، ومقتضى – ذلك – أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحالي حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال " (الطعنان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠) وبأنه " متى كان الطاعنون قد طلبوا براءة ذمتهم من باقي الدين المستحق لبنك الأراضي والحكومة المصرية وشطب قائمة الرهن وكافة تجديداتها على اساس أن الدائنين تقاضوا رأس المال وفوائد يزيد مجموعها عنه على خلاف ما تقضي به المادة ٢٣٢ من القانون المدني ، فإن طلب تصفية الحساب بين الطرفين بتحديد مقدار الدين وفوائده ، وما تم سداده منهما يكون من بين العناصر الأساسية التي تضمنها طلب براءة الذمة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وانتهى الى أن طلب براءة الذمة وطلب تصفية الحساب يغاير كل منهما الآخر في خصوصية هذه الدعوى معولا على أسباب لا تحمل قضاءه في هذا الشأن ، فإنه يكون قد أخطأ في فهم الواقع في الدعوى ، كما أنه إذ تحجب بهذا النظر عن بحث حجية الحكم الصادر من محكمة أول درجة – بندب الخبير – فيما قضى به من إعمال نص المادة ٢٣٢ من القانون المدني التي تمسك بها الطاعنون أو ما آثاروه بشأن براءة ذمة مورثهم من دين الرهن بعد قيامهم بعرض وإيداع المبلغ الذي حدده الخبير ، فإنه يكون معيبا كذلك بالقصور " (الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١١/٢٩) وبأنه " تنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني على أنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " مفاد هذا النص أن المشرع حظر أمرين أولهما أن يتقاضى الدائن فوائد على متجمد الفوائد التي لا تسدد والثاني أن تتجاوز الفوائد رأس مال القرض ثم أخرج المشرع من هذا الحظر ما تقضي به القواعد والعادات التجارية " (الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٣/٥)

كذلك قضت بأن " اعتراض المدين بعدم جواز التنفيذ ضده لفوائد تزيد على رأس المال اعتراضا مؤسس على مخالفة قاعدة من النظام العام ومن ثم يجوز له – على ما جرى به قضاء محكمة النقض أبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف " (الطعن رقم ٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١/٣٠) وبأنه " تنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني على أنه " لا يجوز في أية حال أن يكون مجموعة الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من راس المال " وهذه القاعدة لتعلقها بالنظام العام يقتضي تطبيقها ألا يكون للدائن بعد

العمل بالقانون المدني الحالي في ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ حق اقتضاء فوائد متى بلغت الفادة المستحقة له ما يعادل رأس المال ولو كان كان بعض هذه الفوائد قد استحق في ظل القانون القديم " (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٥) وبأنه " لم يكن في نصوص القانون المدني القديم ما يمنع من اقتضاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال ، ولكن المشرع استحدث في القانون المدني الجديد قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التي تنص على أنه " لا يجوز في أية حال أن يكون مجموعة الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ومقتضى ما تقدم أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ أكتوبر ١٩٤٩ حق اقتضاء الفائدة السابة ولو زادت على رأس المال وأن لا يكون له بعد هذا التاريخ حق اقتضاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال " (الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٦٠/١١/٣) وبأنه " مفاد المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجاري من تجميد الفوائد في الحساب الجاري وترك أمر تحديدها لما يقضي به العرف " (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم تقاضي الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجاري " (الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢٩) وبأنه " النص في المادة ٢٣٢ من التقنين المدني على أنه " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد .... وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ، والنص في المادة ٢٣٣ منه على أن " الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري " ، ومفاد هذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما نقضي به القواعد والعادات التجارية " (الطعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٣/٣٠) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني المشرع قد حرم تقاضي الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية كما اقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجاري " (الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٢)

- والمقصود بالعادات التجارية هو ما استقر من سنن وأوضاع في التعامل ولا يشترط فيها أن تكون مخالفة للقانون ، وقد قضت محكمة النقض بأن **" المقصود بالعادات التجارية التي تعنيها الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٢ مدني هى ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع في التعامل فيكفي في العادة التجارية أن تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط أن تكون هذه السنة مخالفة لأحكام القانون – ولما كان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه في هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموعة الفوائد لرأس المال بقوله " وحيث أن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمدا من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه الكامنة فيه ولا مرية في أن عملية القرض الطويل الأجل هى من صميم أعمال البنك العقاري المصري وفقا لقانونه النظامي وفي أن العادة قد جرت منذ نشوء الائتمات العقاري في مصر على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال في كل**

قرض عقاري ذي أجل طويل وهذه العادة مذكورة في المؤلفات الاقتصادية وفي كتب القانون على أنه من أبرز العادات التجارية التي تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارة بالاستثناء المنصوص عليه في عجز المادة ٢٣٢ مدني – ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت مقدمة الصور التي كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثاء ، فإن هذا الذي قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه " (الطعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧) وبأنه " تعتبر العادات التجارية من مسائل الواقع التي يترك أمرالتثبت منها لقاضي الموضوع ، فإذا كانت الطاعنة لم تقدم ما يفيد سبق تمسكها أمام محكمة الموضوع بما يستدل منه على قيام عرف تجاري باحتساب سعر الفوائد التعويضية بواقع ٦.٥٪ إذا لم يتفق الطرفان على تحديدها فإنه لا يجوز إثارة هذه المسألة لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٢٥٧ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢) وبأنه " العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبيت من قيامها وتفسيرها لقاضي الموضوع " (الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٤/٢)

- القاعدة الواردة بالمادة ٢٣٢ مما يتعلق بالنظام العام : **القاعدة التي قررتها المادة ٢٣٢ مدني والتي لا تجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وتقضي بألا تجوز زيادة الفوائد على رأس المال يتغير من القواعد المتعلقة بالنظام العام ، ولا يستثنى منها سوى ما تقضي به العادات التجارية .**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" القاعدة التي قررتها المادة ٢٣٢ من القانون المدني ، والتي لا تجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وتقضي بأنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من راس المال تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي يفترض علم الكافة بها ، وإذ كان نص هذه المادة قد سرى منذ نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥ فإن علم المدين بسريانه منذ هذا التاريخ يكون مفترضا ، فإذا تولى المدين سداد أقساط الدين وفوائده منذ تاريخ الاتفاق وحتى ١٩٥٨/٣/٨ بينما لم ترفع الدعوى باسترداد ما دفع من الفوائد زائدا عن راس المال إلا في ١٩٦١/٤/١٦ أى بعد انقضاء أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ علمه بحقه في الاسترداد فإن الدعوى بالاسترداد تكون قد سقطت ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه " (جلسة ١٩٧٤/٣/٢٨ مجموعة محكمة النقض ص٢٥ ص٦٠٢) وبانه " تنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني على أنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية ، ويبين من هذا النص أن المشرع حظر أمرين أولهما أن يتقاضى الدائن فوائد على متجمد الفوائد الي لا تسدد والثاني أن تتجاوز الفوائد رأس مال القرض ثم أخرج المشرع من هذا الحظر ما تقضي به القواعد والعادات التجارية " (جلسة ١٩٦٨/٣/٥ مجموعة محكمة النقض س١٩ ص٤٩٢) وبأنه " تنص المادة ٢٣٢ من القانون المدني على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموعة الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وهذه القاعدة لتعلقها بالنظام العام يقتضي تطبيقها ألا يكون للدائن بعد العمل بالقانون المدني الحالي في ١٥ مت أكتوبر سنة ١٩٤٩ حق اقتضاء فوائد متى بلغت الفائدة المستحقة له ما يعادل رأس المال ولو كان بعض هذه**

الفوائد قد استحق في ظل القانون القديم " (جلسة ١٩٦٤/٣/٥ مجموعة محكمة النقض س١٥ ص٢٨٠) وبأنه " لم يكن في نصوص القانون المدني القديم ما يمنع من اقضتاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال ، ولكن المشرع استحدث في القانون المدني الجديد قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التي تنص على أنه " لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضـــاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ومقتضـــى ما تقدم أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ حق اقتضاء الفائدة المستحقة له متى بلغت ما يعادل راس المال " (جلسة ١٩٦٠/١١/٣ مجموعة محكمة النقض س١١ ص٥٤٤)

- تاريخ ســريان حكمي المادة ٢٣٢ مدني : **يبدأ ســريان حكمى المادة ٢٣٢ مدني من تاريخ العمل بالقانون المدني في ١٩٤٩/١٠/١٥ ومقتضى ذلك أن يكون للدائن حتى يوم ١٤ من أكتوبر سـنة ١٩٤٩ حق اقتضـاء فوائد متى كانت الفائدة المستحقة له قد بلغت أو زادت عما يعادل رأس المال .**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" ليس في نصــوص القانون المدني القديم ما يمنع اقتضـــاء الفوائد القانونية أو الاتفاقية ولو تجاوز مجموعها رأس المال إلا أن المشــرع اســتحدث في القانون المدني القائم قاعدة أوردها في المادة ٢٣٢ التي تنص على أنه " لا يجوز في أية حالة أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من راس المال وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " – ومقتضـــى ذلك أن يكون للدائن لغاية يوم ١٤ من أكتوبر ســنة ١٩٤٩ تاريخ العمل بالقانون الحالي حق اقتضـــاء فوائد متى كانت الفائدة المســتحقة له قد بلغت ما يعادل رأس المال " (الطعنان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لســـنة ٣٩ق جلســـة ١٩٧٦/١٢/٣٠) وبأنه " القاعدة التي قررتها المادة ٢٣٢ من القانون المدني والتي لا تجيزي تقاضـي فوائد على متجمد الفوائد وتقضـي بأن لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفائد التي يتقاضـاها الدائن أكثر من رأس المال تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي يفترض علم الكافة بها ، وإذا كان نص هذه المادة قد ســرى منذ نفاذ التقنين المدني الجديد في ١٩٤٩/١٠/١٥ فإن علم المدين بســريانه منذ هذا التاريخ يكون مفترضـــا ، فإذا تولى المدين ســداد أقســاط الدين وفوائده منذ تاريخ الاتفاق وحتى ١٩٥٨/٣/٨ فإن علمه بمقدار ما دفعه يكون ثابتا وإذ كان سداد آخر قسط تم في ١٩٥٨/٣/٨ بينما لم ترفع الدعوى باســـترداد ما دفع من الفوائد زائدا عن رأس المال إلا في ١٩٦١/٤/١٦ أى بعد انقضاء أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ علمه بحقه في الاسترداد فإن الدعوى بالاسترداد تكون قد سقطت ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه " (الطعن رقم ٤٣٠ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٤/٣/٢٨)**

- عدم ســـريان الحظر على القروض التي تعقدها المصـــــارف باعتبارها عملا تجاريا بالنسبة للمقترض ، وقد قضت محكمة النقض بأن **" القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسـبة للمصـرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة وهى كذلك بالنســـبة للمقترض مهما كانت صـــفته والغرض الذي خصص له القرض فإن هذه القروض وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تخرج عن نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة ٢٣٢ السـابقة الذكر وتخضـع للقواعد**

والعادات التجارية التي تبيح تقاضـــي فوائد على متجمد الفوائد وتجاوزة الفوائد لرأس المال " (جلسة ١٩٦٨/٣/٥ مجموعة محكمة النقض س١٩ ص٩٤٣) وبأنه " متى كان عقد البيع الذي أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدني بطبيعته ، فإن باقي ثمن الأطيان المبيعة المستحق للبنك يسري عليه الحظر المنصوص عليه في المادة ٢٣٢ من القانون المدني ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التي تبيح تقاضـــي فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة الفوائد لراس الدمال وذلك ابتداء من تاريخ العمل بالقانون الدمدني في ١٩٤٩/١٠/١٥ ولا محل للتحدي بأن القروض طويلة الأجل التي تعقدها البنوك يســري عليها الاســتثناء ســالف الذكر ولو تمت لصـــالح شـــخص غير تاجر ، ذلك أن هذه القروض إنما تخرج عن نطاق الحظر المذكور – لأنها تعتبر عملا تجاريا مهما كانت صفة النقترض وأيا كان الغرض الذي خصص له القرض وهو الأمر الذي لا يتوافر في الدين موضوع النزاع على ما سلف البيان " (الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨)

﴿ المـــادة ٢٣٣ ﴾

" الفوائد التجارية التي تســري علي الحســاب الجاري يختلف ســعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري " .

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٤ سوري ، المادة ٢٣٦ ليبي ، المادة ١٧٥ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١١ من المشـروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني ... وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٠ في المشـروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشـيوخ تحت رقم ٢٣٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٩٣ ، ٥٩٥)

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه **" ويراعى أن الحســاب الجاري خرج من نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالفوائد ، وأصبح العرف محكما فيه فقد تقدم أنه استثنى من تلك القواعد فيما يتعلق ببدء ســريان فوائد التأخير ، وفيما يتعلق بتجميد الفوائد ، وقد استثنى منها كذلك فيما يتعلق بسعر الفائدة القانونية ، فلا يتحتم أن يكون هذا السعر ٥٪ بل يجوز أن يختلف تبعا لتفاوت الأسعار الجارية في الأسواق " .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- الفوائد التجارية التي تسـري على الحسـاب الجاري : **يسـتثنى الحسـاب الجاري من بعض القواعد المقررة في نظام الفوائد فلا يتقيد بالسـعر القانوني التجاري وهو ٥٪ بل يختلف وفقا لاختلاف الجهات تبعا للعرف التجاري ، ولا يشـــترط في ســـريان الفوائد التأخيرية بالنسـبة الى الحسـاب الجاري المطالبة القضـائية ، ولا الإعذار ، فمجرد الخصـم والإضـافة في الحسـاب الجاري يجعل الفوائد التأخيرية تسـري دون حاجة الى أى إجراء آخر ، ويجوز فيه تقاضـــي فوائد على متجمد الفوائد كما يجوز أن يزيد فيه مجموع الفوائد على رأس المال والمفروض في الحالة الأخيرة أن يكون الدائن قد قطع التقادم فيما يتعلق بالفوائد حتى لا تســقط بخمس ســنوات أو أخذ ما استحق منها . (أنور طلبة ص٤٠٢)**

وقد قضـــت محكمة النقض بأن **" النص في المادة ٢٣٢ من التقنين المدني على أنه " لا يجوز تقاضـــي فوائد على متجمد الفوائد ..... وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية" ، والنص في المادة ٢٣٣ منه على أن " الفوائد التجارية التي تســـري علي الحســاب الجاري يختلف سـعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حســاب الفوائد المركبة في الحســـاب الجاري ما يقضـــي به العرف التجاري " ، ومفاد هذين النصــين أن الشـــارع قد حرم الفوائد المركبة واســتثنى من ذلك ما تقضــي به القواعد والعادات التجارية " (الطعن رقم ٧٣٩ لســنة ٤٨ق جلســة ١٩٨١/٣/٣٠) وبأنه " أ- حرم الشـــارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني زيادة فائدة الديون على حد أقصـى معلوم مقداره ٧٪ ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضـــه منها – مما مؤداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضـعيف في العقد من الاستغلال . ب- وأجاز الشـارع في المادة السـابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لســنة ١٩٧٥ بشـأن البنك المركزي المصـري والجهاز المصـرفي لمجلس إدارة ذلك البنك "تحديد أسـعار الخصـم وأسـعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصـــرفية حســـب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها في أى تشريع آخر " وهو ما يدل على اتجاه قصـد الشـارع الى استثناء العمليات المصـرفية من قيد الحد الأقصـة للفائدة الاتفاقية المنصـــوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدني ، ولكنه لم يشـــأ مســـايرة بعض التشـــريعات الأجنبية فيما ذهبت إليه من إلغاء هذا القيد كلية ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزي في تحديد أســـعار الفوائد التي يجوز للبنوك أن تتعاقد في حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تتسم بالمرونة وتتمشى مع سياسة النقد والائتمان التي تقرها الدولة في مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة" ، جـــ وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزي في إطار المادتين الأولى والســابعة من القانون رقم ١٢٠ لســنة ١٩٧٥ اللتين تمنحان للبنك المركزي سـلطة تنظيم السـياسـة النقدية والائتمانية والمصـرفية والإشـراف على**

تنفيذها وفقا للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقا للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعني أن القرارات التي يصدرها مجلس إدارة البنك المركزي استنادا الى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها ، وتتضمن رفعا لسعر الفائدة الذي يجوز للبنوك التعاقد عليها في عملياتها المصرفية تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسري بأثر مباشر على ما يستحق في ظلها من فائد العقود السابقة على العمل بها ، ذلك أن الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين ، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه ، ويبين من النص المشار إلأيه أن الشارع التزم هذا الأصل ، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التي تبرمها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار ، مما مؤداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التي نشأت في ظلها وهو ما التزمت به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التي تصدرت كتاب البنك المركزي الصادر في أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن " تسري هذه الأسعار على العقود والعمليات التي أبرمت في ظلها أما بالنسبة للعمليات القائمة التي أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أى أن العقود تظل محكومة بالأسعار التي كانت سارية وقت التعاقد" كما تضمنت قرارات البنك المركزي الأخرى التي صدرت استنادا الى الفقرة (د) المشار إليها بندا يقضي بسريان الأسعار الواردة بها على العقود الجديدة والعقود المجددة دوالعقود القائمة في حالة سماحها بذلك وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم ينصرف الى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائيا على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها . لما كان ذلك ، وكانت العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزي المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليه بها الحد الأقصى الذي تحدده القرارات إذ يجري عليها في هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المصنوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدني ، اعتبارا بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التي يجوز الاتفاق عليها قانونا هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مما يتصل بقواعد النظام العام " معناه أن تعديل سعر الفائدة بالزيادة في هذه الحالة راجعا الى محض إرادة الدائن وحده بل هو نتيجة لتلاقي كامل إرادة طرفى القرض على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزي من حد أقصى لما يجد من عموم متغيرات الظروف الاقتصادية بما يكفل صالح الاقتصاد القومي في مجموعة بغض النظر عن المصلحة الفردية التي تعود على المقترض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته" (الطعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧) وبأنه " استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية . عدم إلغاء

هذا الحد كلية . الترخيص لمجلس إدارة البنك المركزي في تحديد أسـعار الفوائد التي يجوز للبنوك التعاقد في حدودها على العمليات المصـرفية . ق١٢٠ لسـنة ١٩٧٥ . سـريان الأسـعار على العقود والعمليات التي تبرم أو تجدد في ظل هذا القانون سـريانها على العقود السـابقة على صدوره . شـرطه " (الطعن رقم ٣٠٤٥ لسـنة ٥٨ق جلسـة ١٩٩٨/١٠/٢٩) وبأنه " العلاقة بين البنوك وعملائها . خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة . قرارات البنك المركزي . ليست على إطلاقها من القواعد المتعلقة بالنظام العام . مؤداه خضوع عقود البنوك مع عملائها لهذه القواعد في حالة تجاوز سعر الفائدة للحد الأقصة لهذه القرارات " (الطعن رقم ٨٧٩ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٦) وبأنه " مفاد نص المادتيم ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضـاء هذه المحكمة – أن المشـرع قد حرم تقاضـي الفوائد المركبة واسـتثنى من ذلك ما تقضـي به القواعد والعادات التجارية كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجاري " (الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٤) وبأنه " إذ كانت صفة الحساب الجاري تزول عنه بإقفاله فإن دين الرصـيد يصـبح دينا عاديا مما لا يجوز معه وفقا للمادة ٢٣٢ تقاضـي فوائد مركبة عنه ولو اتفق على ذلك الطرفان ، لأن قاعدة تحريم الفوائد المركبة تتعلق بالنظام العام مما لا يصـح معه الاتفاق على مخالفتها ولا يسـتثنى من ذلك إلا ما تقضـي به القواعد والعادات التجارية " (الطعن رقم ٤٨٨ لسـنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٤) وبأنه " القانون وإن حظر تقاضي فوائد على متجمد الفوائد كما منع تجاوز الفوائد لراس المال إلا أنه أخرج من هذا الحظر – وعلى ما جرى به قضـاء محكمة النقض – ما تقضـي به القواعد والعادات التجارية كما أقر ما جرى عليه العرف التجاري بتجميد الفوائد في الحسـاب الجاري " (الطعن رقم ٧٣٩ لسـنة ٤٨ق جلسـة ١٩٨١/٣/٣٠) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم تقاضي الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحسـاب الجاري" (الطعن رقم ٧٣٢ لسـنة ٤٣ق جلسـة ١٩٧٦/٣/٢٩) وبأنه " صـفة الحسـاب الجاري تظول عنه بإقفاله ويصح الرصيد دينا عاديا مما لا يجوز معه طبقا للمادة ٢٣٢ من القانون المدني تقاضـي فوائد مركبة عنه إلا إذا ثبت وجود عادة تجارية تضـقي بذلك " (الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٤/٣) وبأنه " مفاد المادتين ٢٣٢ و٢٣٣ من القانون المدني أن المشـرع قد حرم الفوائد المركبة واسـتثنى من ذلك ما تقضـي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف بتجميد الفوائد في الحساب الجاري " (الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢) وبأنه " مفاد المادتين ٢٣٢ و٢٣٣ من القانون المدني أن المشـرع قد حرم الفوائد المركبة واسـتثنى من ذلك ما تقضـي به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجاري في تجميد الفوائد في الحساب الجاري وترك أمر تحديدها لما يقضي به العرف " (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ق جلسـة ١٩٦٤/١٢/٣) وبأنه " العادات التجارية تعتبر من مسـائل الواقع التي يسـتقل

قاضـــي الموضـــوع بأمر التثبيت من قيامها وتفســـيرها كما أن تحري العرف في ذاته والتثبت من قيامه من أمور الموضـــوع أيضـــا التي لا تخضـــع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده ، وهذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضـــوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه ، فإذا كان الطاعن لم يقدم الى محكمة النقض ما يدل على سبق تمسكه بقيام عرف أو عادة تجارية بتجميد الفوائد بعد إقفال الحساب الجاري فإنه لا يجوز له التحدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

الفصل الثـالث

ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

﴿ المـــادة ٢٣٤ ﴾

"١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون" .

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ١٣٥ سوري ، المادة ٢٣٧ ليبي ، المادة ٢٦٠ عراقي ، المادة ٢٦٨ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٢ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤١ من المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٠٢ ، ٦٠٣)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" أما ما يعني القانون المدني بإبرازه من فكرة الضمان هذه فهو ما يتفرع عليها من تساوي الدائنين ، عند استخلاص حقوقهم من مال المدين ، ما لم يكن لأحدهم حق في التقدم وفقا لأحكام القانون (كالرهن الرسمي ورهن الحيازة وحق الامتياز مثلا) فهم فيما خلا هذا الحق ، بمنزلة سواء لا تمييز بينهم في ذلك بسبب تاريخ نشوء حقوقهم أو تاريخ استحقاق الوفاء بها ، مهما يكن مصدر هذه الحقوق ، وغني عن البيان أن تلك المساواة تظل أقرب الى المعاني النظرية ، ما لم تشفع بنظام يتناول تنظيم حالة المدين المعسر كما سيأتي بيان ذلك " .**

﴿ الشـــرح ﴾

- الضمان العام لحقوق الدائنين : **يقصد بالضمان العام للدائنين أن كافة أموال المدين تعتبر ضامنة لجميع دائنيه دون أفضلية لواحد منهم على الآخرين ، أن يختص واحد منهم باقتضاء حقه من مال معين . أى أن أموال المدين جميعا تكون ضامنة للوفاء بديونه ، بمعنى أن الدائن يستطيع أن ينفذ بحقه على أموال المدين ، سواء كان هذا التنفيذ عينيا أو كان بطريق التعويض . هذا الحق الذي للدائن يسمى حق الضمان العام . وهو يتميز بهذا عن الضمان الخاص الذي يتقرر للدائن على مال معين من أموال المدين يعطيه سلطة التنفيذ عليه وتتبعه واقتضاء حقه منه منفصلا على غيره من الدائنين ، كما هو الحال في حق الرهن مثلا (عزمي البكري ص٨٣٤) ولا يكفل الضمان العام حق التتبع لأحد الدائنين . فإن باع المدين شيئا من ماله ، خرج هذا المال من الضمان العام ، ولا يستطيع الدائن العادي أن يتتبعه في يد المشتري كما كان يستطيع لو أن له تأمينا خاصا على المال ، فعقد البيع الصادر من المدين يسري إذن في حق الدائن ، وقد حمل ذلك بعض الفقهاء الى القول بأن الدائن يعتبر خلفا للمدين ، مادام تصرف المدين ينقص أو يزيد في الضمان العام ، والصحيح أن الدائن العادي لا يعتبر خلفا عاما ولا خلفا خاصا للمدين ، وإنما هو ممن يسري في حقهم تصرف المدين ، باعتبار أن هذا التصرف واقعة مادية (fait materiel) أنقصت أو زادت في ضمانه العام ، لا باعتبار أنه تصرف قانوني (acte juridique) أنشأ حقا أو التزاما في جانبه . (السنوري ص٨٣٨)**

- خصائص الضمان العام : يتميز الضمان العام بالخصائص الآتية : أولاً : أنه مقرر لجميع الدائنين : فالضمان العام للدائنين مقرر لكل الدائنين وبالسوية بينهم جميعا في اقتضاء ديونهم من أموال المدين ، فإذا اشترك عدة دائنين في التنفيذ على مال للمدين ولم يكن هذا المال كافيا لسداد ديونهم جميعا ، تحاص الدائنون الحاجزون فيقسم المتحصل من التنفيذ بينهم قسمة غرماء كل بنسبة دينه ، فلا يتقدم دائن على آخر ولو كان تاريخ نشوء دينه أو تاريخ حلوله سابقا على غيره ، وذلك إلا إذا كان لأحدهم حق التقدم طبقا للقانون ، بمقتضى رهن أو اختصاص أو امتياز ، على أنه يجب أن يلاحظ أن تزاحم الدائنين لا يكون إلا إذا تقدموا بديونهم في الوقت المناسب . أما إذا قام أحد الدائنين بالتنفيذ على مال للمدين ، وانتهت الإجراءات دون أن يتقدم أحد غيره للاشتراك في التنفيذ ، فإنه يستقل بداهة باستيفاء حقه من المتحصل من التنفيذ (إسماعيل غانم ص١٤٦ ، الصدة ص٥٢) ثانياً : أنه لا يقع على مال معين بالذات بل يقع على مجموع أموال الدين التي تتكون في ذمته وقت التنفيذ ، وهذا يستتبع أمرين : الأول إن الضمان العام لا يقع فقط على الأموال التي كانت في ذمة المدين وقت نشوء الدين ، بل يشمل ايضا كل ما دخل في ذمته بعد ذلك . فالضمان العام ينصب كما يقال على جميع الأموال الحاضرة والمستقبلة ، ويشمل ذلك جميع حقوقه ذات القيمة المالية ، سواء في ذلك الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق الأدبية (أو الذهنية) المملوكة فعلا للمدين وقت شروع الدائن في تنفيذ حقه أو التي يتؤول إليه بعد ذلك ، وهو يعبر عنه بالذمة المالية للمدين ، والثاني : أن الأموال التي تخرج من ذمة المدين بعد نشوء الدين تخرج من الضمان العام ، بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن تتبع تلك الأموال في يد الغير ، فحقه مقصور على ما في ذمة المدين من أموال ، فحق الدائن لا ينصب على مال معين حق عيني يجيز له التتبع ، وفي هذا يختلف الدائن العادي (وهو صاحب حق شخصي) عن صاحب الحق العيني ، ولا يمكن للدائن أن يتبع مالا معينا من أموال مدينه إلا إذا كان لهعليه حق عيني أى ضمان خاص كرهن مثلا ، فمن مزايا الحق العيني التتبع كما هو معروف فليس إذن للدائن العادي حق التتبع أو بعبارة أخرى فإن تصرفات المدين تنفذ في مواجهته ويحتج بها عليه (عزمي البكري ص٨٣٨) والضمان العام الذي للدائن يخول له أن يستأدى حقه من أموال مدينه كما قدمنا ، وله أن يتخذ على هذه الأموال طرقا تحفظية وطرقا تنفيذية وطرقا هى وسط ما بين الطرق التحفيظة والطرق التنفيذية ، وهذه الطرق جميعا إنما تترتب على هذا الضمان العام وتقوم على أساسه والغرض منه هو تأكيده وتقويمه .
- الطرق التنفيذية : قد تكفل بيانها تقنين المرافعات ، ولا يجوز التنفيذ إلا اقتضاء لحق محقق الوجود معين المقدار حال الأداء (م٢٨٠ مرافعات) ويجب أن يسبق التنفيذ حصول الدائن على سند تنفيذي (**titre exécutoire**) والسندات التنفيذية هى الأحكام والأوامر والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون هذه الصفة ، وقد مر بنا أن الصورة التنفيذية للأوراق الرسمية يجوز التنفيذ بها دون حاجة الى الحصول على حكم . غير أن هناك فرا بين التنفيذ بحكم والتنفيذ بورقة رسمية . فالتنفيذ بالحكم لا يعترضه من الصعاب إلا إشكاليات التنفيذ المعروفة . أما إذا كان التنفيذ بورقة رسمية فيجوز للمدين ، عند المعارضة في التنبيه (**commandmnent**) الذي يسبق التنفيذ ، أن يطعن في هذه الورقة بالتزوير أو أني قدم ضدها من الدفوع الشكلية والموضوعية ما يسمح به القانون ، فيرجع الأمر في النهاية الى القضاء ، والحكم في الذي يصدره القضاء هو الذي يصبح السند التنفيذي بعد ذلك ، فإذا ما حصل الدائن على السند التنفيذي أمكنه التنفيذ به على أموال المدين ، والتنفيذ يكون عادة بالحجز على هذه الأموال وبيعها ، وقد فصل تقنين المرافعات إجراءات التنفيذ على منقولات المدين (م٣٥٣ – ٣٧٩ مرافعات) وحجز ما للمدين لدى الغير (م٣٢٥ – ٣٥٢ مرافعات) والتنفيذ على عقارات المدين (م٤٠١ – ٤٥٨ مرافعات) ثم نظم هذا التقنين أيضا إجراءات توزيع ما ينتج من حجز أموال المدين وبيعها على الدائنين ،

سواء كان ذلك عن طريق التقسيم بالمحاصة أو عن طريق التوزيع بحسب درجات الدائنين (م٤٦٩ – ٤٦٨ مرافعات) .

- الطرق التحفظية : لما كان الدائن لا يستطيع التنفيذ إلا على أموال مدينه التي كانت ضمن عناصر ذمته المالية وقت التنفيذ بموجب سند تنفيذي يخول له ذلك ، فقد يخشى أن يتصرف في أمواله قبل التنفيذ عليها مما يضعف الضمان العام ، لذلك خول القانون للدائن اتخاذ الإجراءات التي تكفل له التحفظ على هذه الأموال الى حين استصدار سند تنفيذي فأجاز له أن يطلب وضع الأختام عليها عند موت أو إفلاس مدينه ، أو أن يطلب حصرها بموجب محضر جرد ، أو أن يتدخل في إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه وفقا لنص المادة ٨٤٢ من القانون المدني ، وله التدخل في الخصومة التي تقام من مدينه أو عليه ليحول دون تواطؤ المدين إذ يعتبر الحكم الصادر فيها ضد المدين حجة عليه ولو لم يكن ممثلا بنفسه فيها ذلك أن المدين يعتبر ممثلا لدائنه في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه ويكون للدائن أن يطعن في الأحكام التي تصدر ضد مدينه بطرق الطعن العادية وغير العادية ولو لم يكن قد انضم لمدينه ، ويتخذ الدائن هذه الإجراءات باسمه لا باسم مدينه باعتبار أنه يستعمل حقا خاصا به ، ويجوز له اتخاذها دون أن يكون بيده سند تنفيذي وحتى لو كان حقه مضافا الى أجل أو معلقا على شرط أو كان احتماليا ، ومن الإجراءات التحفظية أيضا ، الحجوز التحفظية ، فللدائن أن يوقع حجزا تحفظيا على ما للمدين لدى الغير ، ويوقع كذلك الحجوز التحفظية المنصوص عليها في المواد ٣١٦–٢١٩ من قانون المرافعات . (أنور طلبة ص٤٠٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الأصل أن أموال المدين جميعها على ما جاء بنص المادة ٢٣٤ من القانون المدني ضامنة للوفاء بديونه ، وإذا كان ما ورد بالمادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ من أنه " لا يجوز التنفيذ على الأراضي الزراعية التي يملكها المزارع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة ، فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ ، جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها " ، يعتبر استثناء من هذا الضمان ، فإنه شأن كل استثناء لا ينصرف إلا لمن تقرر لمصلحته وهو المدين ، وإذا كانت تركة المدين تعتبر منفصلة شرعا عن أشخاص الورثة وأموالهم وللدائن حق عيني يخوله تتبعها لاستيفاء دينه منها ، بسبب مغايرة شخصية المورث لشخصيته الوارث ، وكان حق الدائن في ذلك أسبق من حق الوارث الذي لا يؤول له من التركة إلا الباقي بعد أداء الدين ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر ، وحرم الدائن من اتخاذ إجراءات التنفيذ على أعيان التركة استنادا الى أن للورثة بأشخاصهم إذا كانوا من الزراع أن يفيد كل منهم وقت التنفيذ على أموال التركة من الحماية المقررة بالقانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ بالنسبة الى خمسة أفدنة ، فإنه يكون قد خالف القانون " (جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٣ س٢٤ ص١٣٤٧) وبأنه " تنص المادة ٣١٦ مرافعات على " أن للدائن أن يوقع الحجز التحفظي على منقولات مدينه في الأحوال الآتية : ١– .... ٢– في كل حالة يخشى فيها فقدان الدائن لضمان حقه" والمقصود بالضمان هو الضمان العام الذي للدائن على أموال دينه ، أما الخشية فهى الخوف من فقدان الدائن لهذا الضمان بسبب ظروف محددة وعبء إثبات ذلك يقع على عاتق الدائن " (الطعن رقم ٨٠٦ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٤/٦)

- طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية : وهذه طرق ليست مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هى تؤدي مباشرة الى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية بل هى بين بين . فهى أوقى من الطرق التحفظية إذ هى تمهيد للتنفيذ ، وهى أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه . هذه الطرق ترد جميعها الى أصل واحد ، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته . فهذا الضمان العام يخول للدائن أن يرقب أموال المدين ، ما دخل منها في ذمته المدين وما خرج ، حتى يأمن على ضمانه من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره ، وهذه الطرق من مباحث

القانوني المدني لا من مباحث قانون المرافعات ، لأنها تتفرغ مباشـــرة عن مبدأ الضـــمان العام للدائنين كما ســـبق القول ، وقد عدد التقنين المدني الجديد منها خمســـة : دعاوى ثلاثا وطريقين آخرين اســـتحدثهما هذه ، أما الدعاوى الثلاث فهى الدعوى غير المباشـــرة والدعوى البوليصـــية ودعوى الصورية فهى الأولى يدفع الدائن عن نفسه نتائج تهاون المدين أو غشه إذا سكت هذا عن المطالبة بحقوقه لدى الغير ، فيباشـر الدائن بنفسـه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشـرة ، وبذلك يحافظ على ضـمانه العام تمهيدا للتنفيذ بحقه بعد ذلك ، وفي الثانية – الدعوى البوليصـية – يدفع الدائن عن نفسـه نتائج غش المدين إذا عمد هذا الى التصرف في ماله إضرارا بحق الدائن ، فيطعن الدائن في هذا التصـرف لجعله غير نافذ في حقه ، فيعود المال الى الضـمان العام تمهيدا للتنفيذ عليه ، وفي الثالثة – دعوى الصـورية – يدفع الدائن عن نفسـه نتائج غش المدين أيضـا إذا عمد هذا الى التظاهر بالتصرف في ماله ليخرجه من الضـمان العام بتصرف صـوري ، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالصـورية حتى يكشـف عن حقيقته ، ويستبقى بذلك مال المدين في ضـمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه فالدائن في هذه الدعاوى الثلاث إما أن يبقى في ضـــمانه العام ما كاد أن يخرج بالدعوى غير المباشـرة ، وإما أن يعيد ما خرج بالدعوى البوليصـية ، وإما أن يسـتبقى ما لم يخرج إلا ظاهرا بدعوى الصـــورية ، ونرى من ذلك أن هذه الدعاوى الثلاث تتركز كلها في فكرة الضـــمان العام للدائنين . وهناك طريق رابع اسـتحدث فيه التقنين المدني تجديدا ، هو حق الدائن في حبس مال المدين ، وهذا أيضـا إجراء ما بين التحفظي والتنفيذي ، فهو أقوى من التحفظي لأن الدائن إنما يتخذه تمهيدا للتنفيذ بحقه ، وهو أضـعف من التنفيذي لأن الدائن لا يسـتطيع الوقوف عند حبس مال المدين ليســـتوفى حقه به عليه بعد ذلك أن يتخذ إجراءات التنفيذ على المال المحبوس ، ويلاحظ أن هذه الطرق الأربعة – الدعوى غير المباشـــرة والدعوى البوليصـــية ودعوى الصورية والحق في الحبس – كلها إجراءات فردية ، يتخذها كل دائن بمفرده ولحسابه الشخصي ، ثم هى إجراءات ليس من شأنها أن تغل يد المدين من ماله ، فلا يزال المدين يستطيع التصرف فيه ، ومباشـرة جميع حقوقه عليه ، والطريق الخامس هو أيضـا إجراء فردي ، يتخذه أى دائن بمفرده ، ولكنه إجراء من شـأنه أن يقل يعد المدين عن ماله ، وذلك هو شـهر إعسـار المدين . (السـنهوري ص٨٤٢ وما بعدها)

- ولا يخل بالضمان العام للدائنين كما لا يعتبر من وسائل التنفيذ والضمان ، السلطات المخولة لجهة الإدارة بموجب لائحة المزايدات والمناقصـــات قبل المقاول المتخلف ، فقد قضـــت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ٩٤ من لائحة المزايدات والمناقصـــات الصادرة بقرار وزير المالية والاقتصاد رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٤ مرتبطا بنص المادتين ١١ – ١٣ من القانون ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات أن حق جهة الإدارة الذي ينشأ عن استعمال سـلكتها في التنفيذ المباشـر على حسـاب المتعاقد المتخلف أو المقصـر في التزامه المترتب على العقد الإداري – هذا الحق – يخولها احتجاز ما يوجد بمحل العمل من المنشـآت والآلات وما هو مستحق للمقاول لدى أية جهة حكومية حتى تسـتطيع اقتضـاء حقها كاملا من ثمن بيع هذه الأموال ومن المبالغ المسـتحقة لدى جهات الحكومة الأخرى ليكفل لها ذلك تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ، وإذ ترتبط هذه الحقوق المقررة لجهة الإدارة بأحكام العقد الإداري فلا شـأن لها بوسـائل التنفيذ والضـــمان المقرر في القانون المدني ولا بطرق التنفيذ المقررة في قانون المرافعات أو قانون الحجز الإداري والتي تجعل أموال المدين جميعها ضـمانة للوفاء بديونه ومحلا للتنفيذ بحقوق الدائنين " (جلسة ١٩٦٧/٣/١٤ مجموعة محكمة النقض س١٨ ص٦١٢)

وسائـل التنفيـذ

﴿ المـــادة ٢٣٥ ﴾

" ١- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز .

٢- ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو أن يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصماً في الدعوى ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٦ سوري ، المادة ٢٣٨ ليبي ، المادة ٢٦١ عراقي ، المادة ٢٧٦ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا بعبارة "وأن عدم استعماله لها" الواردة في الفقرة الثانية فقد كانت في المشروع التمهيدي "وأن إهماله في ذلك" وفي لجنة المراجعة استبدلت العبارة الأولى بالعبارة الثانية ، وأصبح رقم المادة ٢٤٢ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٥ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٠٧ ، ٦٠٩ ، ٦١٠)

﴿ الشـــرح ﴾

- الدعوى غير المباشـــرة : **الدعوى غير المباشرة ، هى الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه مطالبا بحقوق مدينه ، ويرفعها الشخص بوصفه دائنا للمدين ويختصم فيها المدين ومدين المدين طالبا الحكم فيها لصالح المدين . (أنور طلبة ص٤٠٩)**
- طبيعة الدعوى غير المباشرة : **الدعوى غير المباشرة كما سبق القول ليست مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين كما هو الأمر في الطرق التحفظية ، ولا هى تؤدي مباشرة الى استيفاء الدائن حقه كما هو الأمر في الطرق التنفيذية ، ولذلك فإن الدعوى غير المباشرة تعد طريقا وسطا بين الطرق التحفظية والطرق التنفيذية ، فهى أقوى من الطرق التحفظية إذ هى تمهيد للتنفيذ وهى أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه . (السنهوري ص٨٨٨)**
- شـــروط الدعوى غير المباشـــرة : **هناك بعض الشـــروط التي يجب توافرها في الدعوى غير المباشرة وهذه الشروط هى بعضها يرجع للدائن وبعضها يرجع للمدين وبعضها يرجع لحق المدين .**
أولاً : الشـــروط التي ترجع للدائن : (١) أن يكون للدائن حق موجود : **فلو كان حقا احتماليا (éventual) كحق الوارث قبل موت المورث ، أو كان حقه غير خال من النزاع فإن دائنيه لا تكون محققة ، ومن ثم لا يستطيع استعمال حقوق مدينه إلا إذا تحول حقه المحتمل الى حق موجود ، أو أصبح حقه المتنازع فيه خاليا من النزاع (السنهوري ص٨٤٩) ويعتبر الحق موجودا سواء كان معلقا على شرط أو مضافا لأجل وسواء كان الشرط أو الأجل واقفا أو فاسخا ، ولا يشترط أن يكون الحق مستحق الأداء أو ثابت بسند تنفيذي أو معلوم المقدار فللمضرور في عمل غير مشروع استعمال الدعوى غير المباشرة ولو أن حقه غير معلوم المقدار ، كذلك لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على حق المدين موضوع الدعوى غير المباشرة ومن ثم لا يجب أن يكون للحق تاريخ ثابت للجوء للدعوى غير المباشـرة لطلب فسـخ أو بطلان العقود التي يبرمها مدينه ، ولا يحول دون استعمال الدعوى غير المباشرة أن يكون للدائن دعوى مباشرة إذ أن الخيار له كما في دعوى المشـتري بالرجوع على البائع للبائع له بدعوى مباشـرة كما له الرجوع عليه بدعوى غير مباشـرة بالضـمان ، كذلك رجوع المؤجر على المتنازل له عن الإيجار وفقا للمادة ٥٩٦ مدني ورجوع المحال له على المحال عليه (أنور طلبة ص٤١٠) ولا يشـترك أيضا في رفع الدعوى غير المباشرة أن يقوم الدائن بإجراءات كان على المدين أن يقوم بها لو باشر الدعوى بنفسه ، كما إذا**

كان المدين قاصــرا ووجب عليه أخذ إذن من محكمة الولاية على المال أو الحصــول على إجازة الولي أو الوصـي ، فمادام الدائن كامل الأهلية ، فإنه يستطيع أن يرفع الدعوى دون القيام بشئ من هذه الإجراءات ، ولكن لما كان لابد من إدخال المدين في الدعوى كما سـنرى ، فإنه يجب اتخاذ هذه الإجراءات عند إدخاله كذلك لا يشترط أن يحصـل الدائن من القضـاء على إذن بحلوله محل المدين ذلك أن نيابته عن المدين إنما يستمدها من القانون فهو في غير حاجة الى أن يستمد نيابته من القضــاء . هذا الى أن الإذن القضــائي بالحلول لم يرد فيه نص ، وطبيعة الدعوى لا تقتضــيه ، ومن ثم لا ضـرورة لإذن قضـائي بالحلول إذا أراد الدائن أن يوقع باسـم مدينه حجزا تحفظيا على ما لمدين مدينه لدى الغير (السـنهوري ص٨٥١) يخلص مما تقدم أن الشـرط الوحيد الواجب توافره في الدائن هو أن يكون حقه موجودا وأى دائن حقه موجود يستطيع استعمال حقوق مدينه ، لا فرق في ذلك بين دائن عـادي أو دائن مرتهن أو دائن له حق الامتيـاز ، ويلاحظ أن الـدائن إذا كان له تأمين عيني – رهن أو امتياز أو نحو ذلك – فإنه يثبت له بذلك صـفتان (أولاً) بصـفته باعتباره ذا تأمين عيني ، وهو من هذه الناحية يتركز حقه في العين محل التأمين فيكون له عليها حق تقدم وحق تتبع (ثانيا) صـفته باعتباره دائنا شـخصـيا ، وهو من هذه الناحية ينطبق عليه ما ينطبق على سـائر الدائنين الشخصيين . فالدائن المرتهن مثلا يتكون ضمانه من عنصرين : الشئ المرهون وهو ضمان خاص له ، وبقية أموال المدين وهى ضـمان عام له ولسـائر الدائنين ، يسـتأثر بعقود مدينه التي تزيد في هذه الأموال أو تنقص منها ، فله إذن أن يستعمل حقوق مدينه وأن يطعن في تصرفاته بالدعوى البوليصية ودعوى الصورية ، شأنه في ذلك شأن كل دائن شخصي ، ولا فرق كذلك بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال حقوق المدين ، ولا فرق أخيرا بين ما إذا كان مصدر هذا الحق تصرفا قانونية أو واقعة مادية ، فالبائع دائن بالثمن ، والمضـرور دائن بالتعويض ، والمفتقر دائن للمثرى بلا سبب ، وكل هؤلاء يجوز لهم أن يستعملوا حقوق مدينهم . (السنهوري ص٨٥٠)

- وإذا كان المشـرع أجاز لكل دائن أن يسـتعمل باسـم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا أنه استثنى منها ما كان منها متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز ، وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ٢٣٥ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يجوز لكل دائن أن يسـتعمل باسـم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصــلا بشـخصـه أو غير قابل للحجز وعلى الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسـم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ويدخل في عموم أمواله ضـمانا لحقوق دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائنا وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر له وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته وإذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضــده الأول أقام الدعوى بطلب الحكم بإلزام الطاعن والمطعون ضــدهم من الثاني الى السـادس – واضـعي اليد – بتسـليم الأطيان موضـوع النزاع الى المطعون ضـدها السـابعة باعتبارها خلفا عاما لمورثها البائع للمطعون ضـده الأول وبإلزامها بتسـليم ذات الأطيان إليه نفاذا لعقد البيع الصادر إليه من مورثها ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه فصل في الدعوى على أنها دعوى غير مباشـرة اسـتعمل فيها المطعون ضـده الأول (الدائن) حقوق مدينه (ورثة البائع) فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٧٨٠ لسـنة ٥٥ق جلسـة ١٩٩١/٥/٩) وبأنه " لئن كان للدائن – إعمالا لصـريح نص المادة ٢٣٥ من القانون المدني – أن يسـتعمل باسـم مدينه حقوق هذا المدين إذا أهمل في استعمالها سواء في صورة دعوى تقاعس المدين عن إقامتها أو في صـورة طعن في حكم قعد المدين عن الطعن عليه ، إلا أن شـرط ذلك أن يكون مباشـر الإجراء – دعوى أو طعن – دائنا أى له حق موجود قائم قبل من يسـتعمل الحق باسـمه . لما كان ذلك ، وكانت المحكمة قد انتهت في الرد على السـبب الأولى الى أن الطاعنين مجرد مسـتأجرين من الباطن انقضـت عقود إيجارهم الصـادرة من المطعون ضـده الثالث بانتهاء عقد الإيجار الأصـلي

لصالح هذا الأخير ، فلا حق لهم قبله ، وبالتالي فلا سند لهم في استعمال ما قد يكون للمطعون ضده الثالث من حقوق قبل المطعون ضدهما الأولين ناشئة عن إقامة المباني " (الطعن رقم ٤٧٥ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٧)

ثانياً : الشروط التي ترجع الى المدين : (١) تقصير المدين في استعمال حقه : يشترط تقصير المدين في استعمال حقه سواء كان ذلك عن عمد إضرارا بدائنيه أو عن إهمال ، ولذلك يمتنع على الدائن استعمال حق مدينه إذا كان الأخير قد استعمله ولو تواطأ مع الخصم ويكون للدائن في هذه الحالة أن يتدخل في الدعوى التي رفعها مدينه لمراقبة دفاعه حتى لا يخسر الدعوى تواطؤ أو تراخيا أو أن يستعمل الدعوى البوليصية ، كما أنه إذا أدخل المدين في الدعوى التي رفعها الدائن فإنه يملك إنهائها صلحا ولا يستطيع الدائن أن يمنعه من ذلك إلا إذا طعن بالدعوى البوليصية ، ويقع عبء إثبات تقصير المدين في استعمال حقه على الدائن ، ولكن كل ما على الدائن أن يثبته هو أن المدين لم يستعمل حقه بنفسه وكان ينبغي أن يفعل إذ أن موقفه السلبي هذا يهدده بالإعسار أو بالزيادة فيه ، فلو أن المدين ، إذا لم يستعمل حقه ، كان أمامه فسحة من الوقت لاستعماله ، فليس للدائن أن يستعمله مكانه . أما إذا تلكأ المدين في رفع الدعوى بحقه ، أو رفع الدعوى وتلكأ بعد ذلك في مباشرة الإجراءات ، وخيف من جراء هذا التلكؤ أن يعسر المدين أو أن يزيد إعساره ، فللدائن عندئذ أن يستعمل حق المدين ، وإثبات الدائن أن المدين لم يستعمل حق يكفي ، وليس على الدائن أن يثبت تقصيرا معينا في جانب المدين ، وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٢٣٥ يذكر أن الدائن عليه أن يثبت إهمال المدين ، فعدل النص في لجنة المراجعة ، واكتفي في التعديل أن يثبت الدائن عدم استعمال المدين لحقه ، وغني عن البيان أنه إذا ثبت الدائن أن المدين لم يستعمل حقه ، فللمدين أو للخصم في الدعوى أن يثبت أن الوقت لا يزال متسعا أمام المدين لاستعمال حقه بنفسه ، وفي هذه الحالة لا يقبل من الدائن أن يستعمل الحق باسم المدين . (السنهوري ص٨٥٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا أضاف المدعى الى دفاعه تمسكه بحق المدين له قبل الدعوى عليه واحتجابه بأن المدين أهمل الدفاع عن حقه بقصد الكيد له ، وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه ، وإذا كان حكمها معيبا متعينا نقضه ، ولا يصلح ردا على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمسك بحقوقه " (نقي مدني ١٩٤٥/٥/٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٩ ص٦٦٤)

(٢) أن يكون من شأن تقصير المدين أن يؤدي الى إعساره أو الزيادة في إعساره : والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي ، بأن يزيد ديون المدين على حقوقه ، لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة ، ويقع عبء الإثبات على الدائن لا على المدين فليس المدين ملزما أن يثبت أن عدم استعماله لحقه لا يسبب إعساره أو لا يزيد في هذا الإعسار ، بل الدائن هو الذي عليه أن يثبت أن هذا الحق – ولنفرض أنه عين مملوكة للمدين في حيازة شخص آخر كاد أن يتملكها بالتقادم – لو تركت في يد الحائز فتملكها بالتقادم لما وجد الدائن مالا آخر للمدين يستطيع أن ينفذ عليه ، أو أن يجده من مال للمدين لا يكفي للوفاء بحقه . (السنهوري ص٨٥٢) ،

(٣) إدخال المدين خصما في الدعوى : ويشترط لقبول دعوى الدائن أن يرفها باسم المدين لا باسمه الشخصي ، وأن يدخل فيها المدين وإن كان يتحقق المقصود بتدخله ، لا يلزم إعذاره له ، فقد نصت المادة ٢/٢٣٥ مدني على أنه " لا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى " ، وعلى ذلك فإن إدخال المدين في الدعوى شرط ضروري لقبول الدعوى بحيث إذا أهمله الدائن جاز لمدين المدين الدفع بعدم قبول الدعوى ، إلا إذا كان المدين قد دخل في الدعوى من تلقاء نفسه أو أدخله الخصم نفسه ، وإدخال المدين خصما في الدعوى ، يجعل الحكم الصادر فيها حجة عليه . كما يجوز للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه بإدخال المدين خصما في الدعوى ، إذا رأى فائدة من ذلك (عبد المنعم البدراوي ص١٢٧ ، السنهوري ص٨٩٠) وليس على الدائن أن يدخل

سائر الدائنين في الدعوى غير المباشرة ، والحكم الصادر فيها سيكون حجة عليهم لأن المدين وهو يمثل كل دائنيه مختصم فيها (عبد المنعم البدراوي ص١٢٧) على أنه يلاحظ أن هذا الشرط لا محل له إلا حيث يقتضي استعمال حقوق المدين رفع دعوى بكل معنى الكلمة على مدين المدين ، إنما حيث يكون ذلك الاستعمال باتخاذ أى إجراء آخر كتجديد قيد رهن أو إعلان الحكم الصادر لمصلحة المدين الى خصمه فلا يتصور تحقق هذا الشرط (سليمان مرقص ص٢١٠) ولما كان لابد من إدخال المدين خصما ، فقد استغنى الشارع بذلك عن إعذاره ، لأن إدخاله خصما أقوى من الإعذار ، وقد نصت المادة ٢/٢٣٥ صراحة على ذلك (السنهوري ص٨٧٠) ويترتب على إدخال المدين في الدعوى أحد أمرين : إما أن يتخذ المدين موقفا سلبيا من الخصومة تاركا للدائن عبء مباشرة الدعوى عنه ، وإما أن يتخذ موقفا إيجابيا فيعمد الى مباشرة الدعوى بنفسه ، وفي هذه الحالة الأخيرة على الدائن أن يمتنع عن المضى في الإجراءات التي بدأها وأن يترك إتمامها للمدين ، ويقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين . (نبيل إبراهيم ص١١٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المدين الذي أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٥ من القانون المدني إدخاله خصما في الدعوى – غير المباشرة – قد يتخذ موقفا سلبيا تاركا للدائن بحث مباشرة الدعوى عنه أو يسلك موقفا إيجابيا فيعمد الى مباشرة الدعوى بنفسه ، وحينئذ يقتصر دور الدائن على مجرد مراقبة دفاع المدين ، ولما كان المدين المطعون عليه الأول قد آثر طيلة تردد الدعوى أمام محكمة أول درجة الموقف السلبي مكتفيا بأن يقرر أمامها أنه أكره على التوقيع على محضر القرعة ، كما جاء على لسان محاميه أمام محكمة الاستئناف أنه ينضم للمطعون عليه الثاني في طلباته ، فإن قول الحكم أنه وقف من الدائن موقف المظاهر المؤيد له لا ينطوي على خطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤) وبأنه " إذا أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ، فقد أوجب على الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ، ويدخل في عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائنا ، وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته " (جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ مجموعة محكمة النقض س٣٣ ص١٠١)

ثالثاً : الشروط التي ترجع الى حق المدين : (١) يشترط في حق المدين أن يكون حقاً مالياً قابلاً للحجز عليه : يشترط في حق المدين أن يكون حقا ماليا قابلا للحجز فلا يجوز للدائن استعماله باسم مدينه أو المطالبة بها بالنيابة عنه لانعدام مصلحته في ذلك ، إذ أن حق الدعوى غير المباشرة إنما تقرر للدائن وقاية له من خطأ إهمال المدين في استعمال حقوقه ، فإذا كان حق المدين غير قابل للحجز عليه ، فإن استقراره في ذمة المدين لن يفيد الدائن شيئا ، فلا محل لتخويل الدائن حق المطالبة به من طريق الدعوى غير المباشرة ، فلا يجوز للدائن مثلا أن يرفع دعوى نفقة باسم مدينه ولا دعوى استحقاق قطعة أرض زراعية إذا كان مجموع ما يملكه مدينه بما في ذلك هذه القطعة لا يجاوز خمسة أفدنة (القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣) كما أن الحق الذي يستعمله الدائن باسم المدين يجب أن يكون حق المدين نفسه ، لاحقا يباشره المدين عن غيره ، فلا يجوز للدائن ، إذا كان مدينه وليا لقاصر ، أن يرفع دعاوى القاصر باسم مدينه ، لأن هذه الدعاوى إنما يباشرها المدين عن القاصر بصفته وديا له ، وكذلك الأمر لو كان المدين قيما على محجور عليه أو ناظرا على وقف ، فلا يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه دعاوى المحجور عليه ولا دعاوى الوقف . كذلك إذا جاز للدائن أن يستعمل حق المدين قبل مدين المدين ، فلا يجوز له أن يستعمل حق مدين المدين قبل مدين مدين المدين ، لأن حق مدين المدين إنما يستعمله المدين بالنيابة عن مدين المدين ، فلا يجوز للدائن أن

يستعمل حقا يباشره مدينه بالنيابة عن غيره ، وقد قدمنا أنه يجوز للدائن أن يستعمل حق المدين في إيقاع الحجز التحفظي على ما لمدين المدين لدى مدين مدين المدين دون مجاوزة لهذا الحد .

- ولا يجوز للدائن أن يستعمل حقا متصلا بشخص المدين خاصة : وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ كما رأينا ، ذلك أن الدعوى غير المباشرة إنما تستند الى ما للدائن من حق الضمان العام على جميع أموال مدينه ، فالحق الذي يستطيع الدائن أن يستعمله يجب إذن أن يدخل ضمن الحقوق التي تعتبر ضامنة لحق الدائن ، ويترتب على ذلك أن الحقوق غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ، وهى حقوق متصلة بشخص المدين خاصة ولا تدخل في الضمان العام للدائنين ، لا يجوز للدائن استعمالها (السنهوري ص٩٤٤) ولا يجوز أن يكون من شأن الدعوى غير المباشرة أن تسمح للدائن بالتدخل في شئون مدينه الى درجة تسليمه كل حرية في التقدير وفي تصريف شئونه ، ولا ينبغي أن يؤدي نظام الدعوى غير المباشرة الى إخضاع المدين لنوع من الوصاية من جانب دائنيه ، ولذلك يقال عادة إن الدائن لا يستطيع أن يستعمل رخصة للمدين ويراد بالرخصة الحق الذي يتوقف نشوئه على إعلان إرادة من جانب الشخص ، فمثلا لا يجوز للدائن أن يقبل هبة نيابة عن المدين ، ولا أن يقبل شراء صفقة معروضة عليه ، وكذلك ليس له أن يطلب الشفعة باسمه ، ولا أن يستعمل حق المدين بوصفه شريكا على الشيوع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريكه الى أجنبي ، وكذلك لا يجوز للدائن أن يحل محل المدين في إدارة أمواله بحجة أن المدين سئ الإدارة ، وليس له أن يحل محله في استعماله أمواله واستغلالها ، كأن يقوم مثلا بزراعة أراضيه بحجة أن المدين لا يحسن زراعتها ، ولكن إذا أصبحت الرخصة حقا ، كان للدائن أن يستعمل هذا الحق باسم مدينه ، مادام أنه قد استوفى الشروط اللازمة ، ولو كان ثبوت هذا الحق نهائيا في ذمة المدين متوقفا على إرادته ومشيئته وهذا ما يسميه البعض بالخيارات ، فالخيارات مشيئة تستند الى حقوق سبق اكتسابها ، ولكن صاحبها مخير بين أن يقبلها فيستقر له الحق نهائيا أو يردها فيزول الحق عنه ، وفي هذا تفترق الخيارات عن الرخص ، فالخيار يفترض أن هناك حقا نشأ ، وإنما يتعلق الخيار باستعمال الحق لا بإنشائه كما هو الحال في الرخص حيث يتوقف نشوء الحق ذاته على إرادة الشخص ، والمثال النموذجي للخيارات هو خيار الموصى إليه في قبول الوصية أوردها . فحق الموصى إليه ينشأ بمجرد موت الموصى مصرا على الوصية ، ولكن القانون يعطيه مع ذلك خيار الرد ، فيستطيع أن يقبل الوصية فيثبت الحق نهائيا في ذمته أو أن يردها ، ومن ذلك أيضا خيار المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير في قبول المنفعة التي وجهت إليه بالاشتراط أوردها فالقبول هنا لا ينشئ حقا جديدا ، ولكنه تثبيت للحق الذي سبق اكتسابه ، ولذلك يجوز للدائن في الحالين القبول عن المدين ، ما لم يكن الأمر متعلقا باعتبارات أدبية خاصة يستقل المدين بتقديرها ، فيكون القبول عندئذ من الحقوق المتصلة بشخصه خاصة (عزمي البكري ص٨٥٩) هذا ولم يعتبر المشرع التمسك بالتقادم من قبيل الرخص بل اعتبره من قبيل الخيارات التي يجوز استعمالها بواسطة الدائنين أو أى شخص ذي مصلحة ، ولو لم يتمسك به المدين (المادتان ١/٣٨٧ ، ٩٧٣ مدني) . (عبد المنعم البدراوي ص١٢٣ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ مدني لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان متصلا بشخصه أو غير قابل للحجز فقد أوجب على الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم مدينه ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ، ويدخل في عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائنا ، وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته " (الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ ، الطعن رقم ٤٧٦ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٦ ص٨٤٤ ، الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١/٢٠ س٢٣ ص١٠١) وبأنه " الحق في الإجازة ليس من الحقوق المتصلة بشخص

المستأجر خاصة ، وهو حق مالي يجوز التصرف فيه والحجز عليه ، ومن ثم يجوز لدائن المستأجر أن يستعمل هذا الحق نيابة عنه طبقا لما تقضي به المادة ٢٣٥ من القانون المدني ، وإذكان الثابت في الدعوى أن مدين مصلحة الضرائب كان يستأجر من الشركة المطعون عليها متجرا ثم غادر الديار المصرية دون أن يوفى بما عليه ، ووقعت الطاعنة – مصلحة الضرائب الحجز على موجودات المحل الخشبية ، وعلى حق مدينها في الإجارة ، ثم قامت ببيعها ، وتمسكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع با، تصرفها في حق الإجارة هو بيع المتجر بأكمله ، نظرا لأن سمعته التجارية متوقفة على الصقع الذي يقع فيه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وحظر استعمال المصلحة لحق مدينها المستأجر في الإجارة ، كما اشترط ضرورة شمول بيع المتجر لكافة مقوماته المعنوية ، ولم يعن ببحث الظروف الملابسة للبيع ، وما قد يكون لها من دلالة على توافر العناصر المعنوية اللازمة لتكوين المتجر موضوع الدعوى ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وعاره قصور في التسبيب " (جلسة ١٩٧٢/٥/١٠ مجموعة محكمة النقض س٣٣ ص٨٣٥) وبأنه " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من القانون المدني على أن لكل دائن ولو يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين ، إلا ماكان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز ... يدل على أن نطاق الدعوى غير المباشرة لا يشمل الحقوق التي يؤدي استعمال الدائن لها الى المساس بما يجب أن يبقى للمدين من حرية في تصريف شئونه ، فيجوز للدائن أن يرفع دعوى بإبطال عقد كان مدينه طرفا فيه لعيب شاب رضاه ، ولا يعتبر بذلك من قبيل الحقوق المتصلة بشخص المدين فيجوز من ثم استعمالها باسمه ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائي أن المطعون عليه الثاني أسس دعواه عند طلب الحكم بتسليمه العين المؤجرة وتمكينه من الانتفاع بها على بطلان عقد الإيجار الصادر للطاعنة والذي تضمنه محضر القرعة التي أجريت في محافظة الجيزة ، وكان الحكم الابتدائي المؤيد للحكم المطعون فيه بعد استعراضه توافر سائر شروط الدعوى غير المباشرة انتهى الى أن المطعون عليه الثاني يحق له الطعن على عقد الإيجار الصادر من المؤجر له الى الطاعنة لصدوره نتيجة إكراه لا يمس إجراء عملية القرعة فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " (الطعن رقم ٣٠٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

آثار الدعوى غير المباشرة

﴿ المادة ٢٣٦ ﴾

" يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين ، وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه ".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٧ سوري ، المادة ٢٣٩ ليبي ، المادة ٢٦٢ عراقي ، المادة ٢/٢٧٦ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٥ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ... وأقرته لجنة المراجعة ، وقد سئل في هذه اللجنة عما إذا كان يجوز للدائن باعتباره نائبا عن المدين أن يتصالح على الحق الذي يستعمله باسم المدين ، فأجيب بأنه لا يجوز ذلك لأن نيابة الدائن عن المدين مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه والصلح ينطوي على تصرف ، وأصبح رقم المادة ٢٤٣ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٦ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦١١ ، ٦١٢)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بأنه " لا تقتصر هذه المادة على بيان حكم الدعوى غير المباشرة ، بل تجاوز ذلك الى تعليل هذا الحكم ، فإذا كان من أثر هذه الدعوى إدخال ما تسفر

عن تحصيله في ذمة المدين ، وإلحاقه بالضمان العام لدائنيه ، فعلة ذلك أن الدائن لا يتولاها إلا بوصفه نائبا عن هذا المدين ، ونيابته هذه نيابة قانونية تثبت له بنص القانون .

﴿ الشـــــرح ﴾

- اعتبار الدائن في اســـتعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين : لقد اعتبرت المادة الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشـــرة عن مدينه نائبا عن المدين ، ويلاحظ أن هذه النيابة التي أثبتها القانون للدائن عن المدين نيابة تتميز بأنها لمصلحة النائب لا لمصلحة الأصيل ، وبأنها مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية: ١- بالرغم من قيام هذه النيابة فإنه يجب إدخال المدين – وهو الأصيل – خصما في الدعوى ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن دخول الأصيل في الدعوى غير ضروري ، بل ويكون الحكم ساريا في حقه حتى لو لم يدخل . ٢- أن المدين إذا كان قاصرا أو احتاج الى إجراءات خاصة لمباشرة الدعوى بنفسه ، فإن هذا لا يكون ضروريا بالنسبة الى الدائن وهو يباشر الدعوى عن المدين ، وكان مقتضى قواعد النيابة أن يكون هذا ضروريا ، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك . ٣- لا يجوز للدائن أن يصطلح على الحق الذي يتسعمله باسم المدين ، فإن نيابته مقصورة على استعمال الحق دون التصرف فيه ، وقد ذكر هذا الحكم صراحة في لجنة المراجعة . ٤- لا تغني إجراءات الدعوى غير المباشرة عن إجراءات التنفيذ ، فالدائن إنما ينوب عن المدين في اســـتعمال الحق وحده ، وهو بعد الانتهاء من الدعوى غير المباشرة في حاجة الى اتخاذ إجراءات تنفيذ مستقلة على الحق الذي استعماله باسم المدين . (السنهوري ص٨٦٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن القانون المدني في المادة ١٤١ منه قد أجاز لدائني العاقد ، بما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم ، أن يقيموا باسمه الدعاوى التي تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه ، وإذن فلا يصح أن يضار الدائن بسكوت المدين عن الدفاع عن حقه هو أو بتواطئه مع الغير على إهداره . فإذا ما باشـــر الدائن المطالبة بحق مدينه أو الدفاع عنه وجب على المحكمة أن تعتبره مدافعا عن حق لا يتأثر بســـلوك المدين حياله ، ووجب عليها أن تفصل في أمره استقلالا ، ومن مؤدى ذلك أنه إذا أضاف المدعى الى دفاعه تمسكه بحق مدين له قبل المدعى واحتجاجه بأن المديت أهمل الدفاع عن حقه بقصـــد الكيد له وجب على المحكمة أن تفحص ذلك وترد عليه وإلا كان حكمها معيبا متعينا نقضه ، ولا يصلح ردا على ذلك قول المحكمة إنه ليس للدائن إرغام مدينه على التمســك بحقوقه " (الطعن رقم ٩٩ لســـنة ١٤ق جلســـة ١٩٤٥/٥/٣) وبأنه " إذ أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصـــلا بشـــخصـــه خاصـــة ، أو غير قابل للحجز ، فقد أوجب على الدائن الذي يطالب حق مدينه – وعلى ما جرى به قضـــاء هذه المحكمة – أن يقيم الدعوى باســـم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ويدخل في عموم أمواله ضـــمانا لحقوق دائنيه ويتقاســـموه قســـمة غرماء فإذا هو لم يرفعها بوصـــفه دائنا وإنما رفعها اســـتعمالا لحق مباشـــر له ، وطلب الحكم لمصلحته ، لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته وإذ كان الثابت أن الطاعن أقام الدعوى بطلب الحكم بإلزام المطعون عليه الأول – واضـع اليد – وورثة البائع له بتسـليمه هو الأطيان التي اشـتراها بعقد عرفي وماكينة الرى القائمة عليها ولم يطلب لحكم بالتسـليم لمصـــلحة مدينه البائع حتى تبحث المحكمة النزاع على الملكية – الذي أثاره المطعون عليه الأول – على هذا الأساس ولما كان الحكم المطعون فيه قد فصل في الدعوى على أساس أنها دعوى مباشرة فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ٤٧٦ لســـنة ٣٩ق جلســـة ١٩٧٥/٤/٢٩) وبأنه " إذ أجاز التقنين المدني في المادة ٢٣٥ لكل دائن أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصـــلا بشـــخصـــه أو غير قابل للحجز ، فقد أوجب على الدائن الذي يطالب بحق مدينه أن يقيم الدعوى باسم المدين ليكون المحكوم به حقا لهذا المدين ويدخل في عموم أمواله ضمانا لجميع دائنيه

ويتقاسموه قسمة غرماء ، فإذا هو لم يرفعها بوصفه دائنا ، وإنما رفعها استعمالا لحق مباشر له ، وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه ، فإنها تكون دعوى مباشرة أقامها باسمه ولمصلحته " (الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

- آثار الدعوى غير المباشرة :

أولاً : بالنسبة للمدين : استعمال الدائن لحق مدينه عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة لا يغل يد المدين عن هذا الحق فالمدين يظل محتفظا بحقه ، ويستطيع أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات ، فيجوز له أن ينقله الى الغير ، وأن يتصالح عليه مع الخصم ، وأن يتنازل عنه ، ولا يستطيع الدائن أن يعترض على هذه التصرفات إلا عن طريق الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها ، وللمدين كذلك أن يستأدى حقه أو يقضيه بالتجديد أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالصلح سواء كان سبب الانقضاء حدث قبل رفع الدعوى أو بعد ذلك .

و قد قضت محكمة النقض بأن " إنه وإن كان المدين الذي يرفع دائنه باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظا بحرية التصرف في الحق المطالب به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذا في حق الدائن – شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه – ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك في مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطؤ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية " (الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢)

ثانياً : بالنسبة للخصم : والخصم فى علاقته بالدائن بستطيع دفع الدعوى بجميع الدفوع التي كان له أن يواجه بها المدين ، أما علاقة الخصم بالمدين فتبقى هى العلاقة الأصلية فله أن يوفى دينه ويكون الوفاء صحيحا وله أن يصالحه عليه وأن يجدده ، ولكن ليس للخصم أن يدفع دعوى الدائن بدفوع خاصة بشخص هذا الدائن ، كوقوع مقاصة بين الخصم والدائن شخصيا ، لأن الدائن إنما ينوب عن المدين فلا يتمسك قبله إلا بما يتمسك به قبل المدين (السنهوري ص٨٧٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كان المدين الذي يرفع دائنه باسمه الدعوى غير المباشرة يبقى محتفظا بحرية التصرف في الحق المطالبة به فيها ، ومن ثم يكون هذا التصرف نافذا في حق الدائن شأنه فيه شأن المدين الذي صدر منه ، ويكون للخصم المرفوعة عليه الدعوى (مدين المدين) حق التمسك به في مواجهة الدائن ، إلا أن ذلك مقيد بشرط عدم قيام الغش والتواطئ بين الخصم والمدين للإضرار بحقوق الدائن ، ففي هذه الحالة يحق للدائن أن يطعن في تصرف المدين بالدعوى البوليصية " (الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢)

ثالثاً : أثر الدعوى بالنسبة للدائن : الدائن في استعماله لحق المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة يستعمله نيابة عن المدين ، ولذلك يستطيع أن يطالب الخصم بكل ما كان يستطيع أن يطالبه به المدين بصرف النظر عن مقدار أو طبيعة أو مصدر حق الدائن قبل المدين ، فالدائن لا يختص بما يقضي به وإنما يدخل ذلك في الضمان العام للدائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المدين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يعتبر ممثلا لدائنه العاي في الخصومات التي يكون هذا المدين طرفا فيها ، فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه في حدود ما يتأثر بالحكم حق الضمان العام الذي للدائن على أموال مدينه ، كما أن للدائن ولو لم يكن طرفا في الدعوى بنفسه أن يطعن في الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية بالشروط التي رسمها القانون لأطراف الخصومة وذلك لما هو مقرر من أن الطعن يقبل ممن كان طرفا بنفسه أو ممن ينوب عنه في الخصومة

التي انتهت بالحكم المطعون فيه ، كما يفيد الدائن من الطعن المرفوع من مدينه ويحتج عليه بالطعن المرفوع على هذا المدين " (الطعن رقم ٩٥٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١/١٤)

- الدعوى المباشـــرة : وإن كان ما تقدم عن الدعوى غير المباشـــرة التي لا تفيد الدائن دائما إذ يشاركه باقي الدائنين فقد جعل له المشرع دعوى أخرى مباشرة يستأثر فيها بالحق الذي لمدينه في ذمة آخرين ونص عليها في حالات خاصة وهى المؤجر مع المستأجر من الباطن (م٥٩٦) والمقاول من الباطن والعمال مع رب العمل (م٦٦٢) والموكل مع نائب الوكيل (م٧٠٨) والمضرور مع شركة التأمين (قانون ٦٢٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين عن حوادث السيارات) . (أنور طلبة ص٤٢١)
- بعض الحالات تلتبس خطأ بالدعوى المباشـــرة : وهناك حالات يقال فيها عادة أن للدائن دعوى مباشـرة ، والصـحيح أن هذه الدعوى ليسـت بالدعوى المباشـرة التي نعنيها هنا ، بل هى دعوى تقوم على أســاس من القواعد العامة فلا تحتاج الى نص خاص ، من ذلك انتقال دعوى اسـلف الى الخلف الخاص كما في رجوع مشـتري الأرض بضـمان الاسـتحقاق مباشـرة على البائع لبائعه ، وكما في رجوع مشتري البناء مباشرة على المهندس أو المقاول الذي تعاقد مع بائع البناء ، ففي مثل هذه الأحوال يكون الرجوع لا بمقتضى دعوى مباشرة لم يرد في شأنها نص خاص ، بل إن دعوى السلف – بائع الأرض أو بائع البناء – قد انتقلت الى الخلف – مشتري الأرض أو مشتري البناء – فرجع بها على مدين السـلف ، وآية ذلك أن هذه الدعوى ، بعد انتقالها الى الخلف ، لم تعد في متناول السـلف ، وذلك بخلاف الدعوى المباشـرة ، فهى تكون للدائن قبل مدين المدين ، مع بقاء دعوى المدين قبل مدين المدين ، كذلك إذا رجع من تعاقد النائب على الأصـيل مباشـرة ، فلا يرجع بالدعوى المباشرة ولكن بدعوى العقد ذاته الذي قام مع الأصيل مباشرة ، بعد أن اختفى شـخص النائب وفقا لقواعد النيابة المعروفة ، ويرجع المنتفع في الاشـتراط لمصـلحة الغير على المتعهد بحق مباشـر اسـتمده من العقد ، وليس رجوعه بالدعوى المباشـرة ، ولكن بمقتضـى هذا الحق المباشر الذي أنشأه عقد الاشتراط ، ويرجع المؤجر والمتنازل له عن الإيجار كل منهما على الآخر رجوعا مباشـرا ، وليس لهذا الرجوع بالدعوى المباشـرة ، ولكن التنازل عن الإيجار جعل كلا من المؤجر والمتنازل له عن الإيجار مدينا مباشـرة للآخر ، فأصـبحت دعوى كل منهما ضـد الآخر هى دعوى المدين ضد مدينه لا ضد مدين مدينه . (السنهوري ص٨٨٢)

﴿ المـــــادة ٢٣٧ ﴾

" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، وذلك متي توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٨ سـوري ، المادة ٢٤٠ ليبي ، المادة ٢٦٣ عراقي ، المادة ٢٨٧ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح المادة ٢٤٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٧ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦١٢ ، ٦١٤)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " هذه الدعوى ليست مجرد إجراء تحفظي ، وهي ليســت كذلك إجراء تنفيذيا وإنما هى من مقدمات التنفيذ وممهداته وقد يقع أن يليها التنفيذ مباشـــرة

ولهذا ينبغي أن يكون الدين الذي باشر بمقتضاه مستحق الأداء ، ويشترط فوق ذلك أن يكون هذا الدين سابقا على التصرف الذي يطعن فيه .

﴿ الشـــرح ﴾

- الدعوى البوليصية : ويطلق عليها أيضا اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات وهى الدعوى التي يقيمها الدائن ضد مدينه المعسر إذا أبرم تصرفا للإضرار به بطريق الغش والتواطئ ، يطلب فيها عدم نفاذ التصرف في حقه .
- طبيعة الدعوى البوليصية : يتبين من تعريف الدعوى البوليصية السابق أنها وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم تصرف مدينه ، فهى ليست بدعوى بطلان كما أنها ليست دعوى مسئولية وإنما هى دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين ووسيلتها في تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين . (إسماعيل غانم ص١٨٥ ، السنهوري ص٩٢٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن طلبات الطاعنين الختامية أمام محكمة أول درجة قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال حكم مرسى المزاد الصادر لصالح المطعون ضدها الأولى تأسيسا على المادة ٢٣٧ من القانون المدني ، وكان الطاعنون قد أضافوا الى ذلك طلبا آخر هو الحكم لهم بصحة ونفاذ عقد مورثهم الابتدائي ، فإن إضافة مثل هذا الطلب ليس من شأنها أن تهدر الطلب الأصيل في الدعوى وهو عدم نفاذ حكم مرسى المزاد في حقهم عملا بأحكام الدعوى البوليصية ولا تأثير لها عليه ، وإذ كيفت المحكمة دعوى الطاعنين بأنها مفاضلة بين حكم مرسى المزاد وعقد البيع الابتدائي لمجرد هذه الإضافة ولما بين الطلبين من تفاوت في الأثر القانوني لكل منهما ، دون أن تعرض لبحث طلب عدم نفاذ حكم مرسى المزاد استقلالا ، تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه " (الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣) وبأنه " الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل هى في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضرارا بدائنه ، وهى بذلك تتضمن إقرارا بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها الى المدين وإنما ترجع فقط الى الضمان العام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصولا الى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين " (الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٠) وبأنه " الدعوى البوليصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست في حقيقتها إلا دعوى لعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين وإنما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين " (الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣) وبأنه " الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه ، بل أنها تدخل ضمن ما تكفل به القانون حقوق الدائن ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود

الملكية الى المدين وإنما رجوع العين فقط الى الضمان العام للدائن " (الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠)

- شروط الدعوى البوليصية : أولاً : ما يشترط في الدائن : يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء : يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود أى مستحق الأداء خال من النزاع ، ويعتبر كذلك الحق المعلق على شرط فاسخ أو المقترن بأجل فاسخ ، إذ في هذه الحالة يعتبر الحق محقق الوجود ولو أنه مهدد بالزوال بتحقق الشرط أو بحلول الأجل ، وعلى عكس ذلك ، فإن الحق المعلق على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، لا يعتبر محقق الوجود فلا يجوز حينئذ اللجوء للدعوى البوليصية إلا عند تحقق الشرط الواقف أو حلول الأجل الواقف ، ويجب أن يكون الحق حقيقيا فإن كان صوريا كان الدائن بدوره صوريا فلا يحق له أن يطلب الحكم بعدم نفاذ التصرف لانعدام مصلحته ، لكن لا يشترط في الحق أن يكون معلوم المقدار أو ثابتا في سند تنفيذي ، فيكفي أن يكون سند الحق عرفيا ، أو غير ثابت بسند إذا كان أساس المسئولية يرجع الى العمل غير المشروع ، فالمضرور يحق له رفع الدعوى البوليصية ، حتى لو كان التعويض لم يقدر له بعد إذ يعتبر التعويض حقا محقق الوجود ويحول المضرور بذلك دون المدين – الذي يتوقع صدور الحكم بإلزامه بالتعويض – وإخراج أمواله من ضمانه العام (أنور طلبة ص٤٢٣) ويلاحظ أن اشتراط كون الدين مستحق الأداء ، ومنع الدائن بدين مؤجل من استعمال الدعوى البوليصية قد يبدو متناقضا مع اشتراط إعسار المدين ، نظرا لما هو معروف من أن الإعسار يترتب عليه سقوط الأجل فيصبح الحق مستحق الأداء ، وتفسير ذلك أن القانون المدني يقرر أن الأجل لا يسقط لمجرد الإعسار الفعلي ، فقد نظم المشرع الإعسار المدني ، واشترط لسقوط الأجل أن يصدر حكم بشهر الإعسار (م٢٧٣) وإصدار حكم بشهر الإعسار هو أمر جوازي للمحكمة (م٢٤٩) كما أن للمحكمة رغم الحكم بشهر الإعسار أن تقضي بإبقاء الأجل أو بمده (م٢/٢٥٥) وينتج من ذلك أنه قد يتوافر شرط الإعسار الفعلي وهو شرط لازم لرفع الدعوى البوليصية ولا يسقط أجل دين الدائن ، بل يظل حقه غير مستحق الأداء ، فلا يستطيع رفع الدعوى البوليصية (عبد المنعم البدراوي ص١٥٠ وما بعدها) ولا فرق في رفع الدعوى البوليصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة ، ولا فرق أخيرا بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه ، ولكن يشترط خلافا للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه (السنهوري ص٨٩٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر وفقا لما تقضي به المواد ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط في حق الدائن الذي يستعمل دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون دينه حال الأداء وسابقا في نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة في ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثور بشأنه من نزاع ، وأن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوقه ويكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ويكون ذلك أيضا للمتصرف إليهم لا دفعا منهم بالتجريد بل إثباتا لتخلف شروط الدعوى المذكورة " (الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

ثانياً : ما يشترط في المدين : الشروط التي ترجع الى المدين ترد الى شرطين أساسيين هما: ١- الإعسار . ٢- الغش والتواطؤ . أولاً : الإعسار : يشترط في الدعوى البوليصية أن يكون المدين

معسرا ليست عنده أموال تكفي لوفاء حق الدائن ، والمدين إما أن يكن غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره ، وإما أن يكون معسرا قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره ، وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٧ من التقنين المدني ، فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب في الإعسار ، بل بقى المدين موسرا بعد هذا التصرف ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسرا ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في التصرف على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسرا ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي الى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين ، وإذا كان المدين معسرا من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفا بعوض كاف بحث لم يكن هذا التصرف سببا في زيادة إعساره ، فإن التصرف لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية (السنهوري ص٩٤٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كانت قد استخلصت من وقائع الدعوى وملابساتها ما استدلت به على إعسار المطعون عليهما الثانية والثالثة – المدينتين الراهنتين – وسوء نيتهما والطاعن – الدائن المرتهن – على الإضرار بالمطعون عليها الأولى واستندت في ذلك الى اعتبارات سائغة ثم طابقت بين ما استخلصته وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البوليصية ، وهو كون دين رافع الدعوى مستحق الأداء سابقا على التصرف المطعون فيه وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئا النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعدم نفاذ التصرف فإن ذلك حسبها ليكون حكمها سديدا لا مخالفة فيه للقانون " (الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص١٩٤)

والإعسار في الدعوى البوليصية كالإعسار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه .... لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة ، وللإعسار في الدعوى البوليصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة ، فإذا طولب المدين بإثبات أن له مالا يساوي قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهره لا يتعذر التنفيذ عليها ، وإلا اعتبر معسرا ، ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك بسبب إعساره ، ويكفي لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه ، وإذا فرض أن حق الدائن تركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعودا ببيع أو كان دائنا في وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها الى شخص آخر إضرارا بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر الى تحمل إجراءات التطير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البوليصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى العين ذاتها الذي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين ، ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة الى حقه وينفذ بهذا الحق عليها . (السنهوري ص٩١٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادتين ٤١٧ ، ٢٣٧ من التقنين المدني أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف الصادر من المدين الى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافا الى أجل ، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي

أوسع نطاقا من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأول دون الثاني " (الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥)

ويجب أن يبقى المدين معسرا الى وقت رفع الدعوى البوليصية ، فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسرا لزيادة طرأت في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثا أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذا لم تعد له مصلحة في ذلك ، والدعوى البوليصية دعوى تكميلية (subsidiaire) لا تعطى للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين ، أى إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذي تصرف فيه ، ويجوز لمن تصرف أن المدين أن يدفع بالتجريد ، ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة ، ففي الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع ، أما في الدعوى البوليصية فيجوز لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين ، ولا أن يقطم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إعسار المدين ، ومن ثم فللمدين هو الذي يدل على مال عنده يكفي لوفاء ديونه ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذي سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار ، وما إذا كان الإعسار باقيا الى وقت رفع الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك ، وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البوليصية ، والدائن هو المكلف بإثبات كل من الأمرين (السنهوري ص٩١٨ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعي ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذا قضى بعدم نفاذ التصرف في موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين ، أقام قضائه على أن لهم فضلا عن الدين المتخذة إجراءات التنفيذ بسببه دينا آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذي بقى للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفي لوفاء جميع ديونه ، إذا قرر الحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين ، فقد استند الى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون مادام قد تبين للمحكمة أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإعسار المدين هو دين جدي مستحق الأداء " (نقض مدني ١٩٥٢/٢/١٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص٤٩٦)

(٢) الغش والتواطؤ : فغش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البوليصية وسوف نتناول هذا الشرط بالتفصيل عند شرح المادة ٢٣٨ مدني فنحيل إليها .

ثالثاً : ما يشترط في التصرف المطعون فيه : ١- أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونيا : يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفا قانونيا (acte juridique) فإذا كان عملا ماديا ، لم يتصور الطعن فيه ، فلو أن المدين تسبب عمدا أو إهمالا في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسرا ، فلا سبيل للدائن الى الطعن في العمل غير المشروع ، فإن هذا العمل بحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن . كذلك لو ترك المدين عينا مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم ، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي – وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير – ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة . أما إذا كان العمل المادي إثراء على حساب الغير ، فإن المدين لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثرى به هو وقيمة ما افتقر به دائنه ، فلن يكون هذا الالتزام سببا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير

قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادي ، بل أيضا لأنه لا يؤدي الى إعسار المدين . (السنهوري ص٨٩٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " أ- متى كانت حجية الأحكام ليست قاصرة على أطرافها الذين كانوا ممثلين بأشخاصهم فيها بل تمتد أيضا الى من كان ماثلا في الدعوى بمن ينوب عنه كدائني الخصم العاديين ، فإن حكم النفقة الصادر على المطعون ضده الأول لصالح زوجته – يسري في حق الطاعن (الدائن) اعتباره في حكم الخلف العام بالنسبة لمدينه المطعون ضده – المذكور – وقد أتاح القانون للطاعن سبيل التظلم من هذا الحكم بطريق التماس إعادة النظر بشرط إثبات غش مدينه المذكور أو تواطئه ، وذلك إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، ب- عدم النفاذ المنصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدني ، يرد على التصرفات وليس على الأحكام " (الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٣)

(٢) أن يكون التصرف المطعون فيه مفتقراً للمدين : يجب أن يكون التصرف القانوني الصادر من المدين تصرفا ينقص من حقوقه ، أو يزيد في التزاماته ، وهذا هو المعني المقصود بالتصرف المفقر (acta daappauvrissement) وعلى ذلك فإن التصرف القانوني يكون مفتقرا في حالتين : الأولى : إذا أنقص التصرف من حقوق المدين ، كأن يهب المدين عينا مملوكة له ، أو أن يبيعها ، أو أن يكون دائنا لآخر فيبرئه من دينه . ففي المثلين الأولين نقص حق عيني ، وفي المثل الأخير نقص حق شخصي ، والثانية : إذا زاد في التزامات المدين ، كأنه يشتري عينا فيلتزم بدفع ثمنها ، أو يفترض فيلتزم برد ما اقترض ، أو أن يتعهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه نفقته (إسماعيل غانم ص٣٢٥) غير أن التصرفات التي ينزل بها المدين عن فرصته للاغتناء سواء أكان الاغتناء عن طريق زيادة حقوقه أم عن طريق نقص التزاماته ، كما إذا عرضت على المدين هبته فرفضها ، لا تعتبر تصرفات مفقرة يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ، لأن الغرض من الدعوى البوليصية تمكين الدائن من المحافظة على الضمان العام وإعادة الضمان العام للدائنين الى الوضع الذي كان قد بلغه قبل التصرف الذي يراد الطعن فيه ، وهذا يقتضي أن يكون ذلك التصرف قد أخرج من ذمة المدين المالية مالا سبق أن وجد فيها أو حملها بدين جديد لم يكن قد لزمها من قبل ، ولا شئ من ذلك كله في حالة النزول عن فرصة للاغتناء ، وكذلك الحال في رفض انقاص الالتزامات . (سليمان مرقص ص٢٢٥ وما بعدها)

(٣) أن يكون التصرف تالياً لنشوء حق الدائن : يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف . أما إذا كان حق الدائن لاحقا على التصرف الذي عقده المدين فلا يجوز للدائن أن يباشر هذه الدعوى إذ لا يتصور أن يكون قد عول على حق لم يكن في ذمة المدين أو يكون المدين قد قصد الإضرار به وإذا كان الأصل هو وجوب أن يكون أن يكون الحق سابقا في الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه ، فإن العبرة في ذلك هو بتاريخ نشوء حق الدائن لا تاريخ استحقاقه ، فلو كان الحق موجود قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البوليصية ، ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خاليا من النزاع ، فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقيق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أى في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، مادام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البوليصية ، فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقا في الوجود لا في الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل يعتبر موجودا قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقا في الوجود على تصرف المدين ، وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن ، فللدائن المدين ، لأنه إذا كان هذا

التصـرف قد سـبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشـئا لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق قبل صـدور التصرف من المدين ، والعبرة في التصرف الصـادر من المدين بتاريخ صدوره ، لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر ، فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعا مثلا ، وجب أن يكون صـدور البيع تاليا لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سـابقا ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه (السنهوري ص٣١١) .

وقد قضـت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضـى ببطلان البيع الصـادر من المفلس الى الطاعن أقام قضاءه على أن مديونيه المفلس نشـأت قبل التصـرف في العقار موضـوع النزاع ، وأن المفلس اصطنع دفاتر خصيصا للتفليسة ، وأن محكمة الجنح أدانت الطاعن بالاشتراك مع المفلس في الإفلاس بالتدليس بزيادة ديونه وتحرير سـندات صـورية وأن المفلس أصبح معسـرا بتصـرفه ببيع العقار للطاعن ، وأن مجموعة الدائنين لحقها الضرر من جراء هذا التصرف وأن ذمة المفلس كانت مشغولة بديون مستحقة عليه قبل التصرف ولم يسددها ، وأن المشتري كان على علم بإعسار البائع ولم يسجل العقد إلا بعد مضى ثمانية عشر شهرا من تاريخ توقيعه أى بعد ما أوهم المفلس دائنيه بتواطئه مع الطاعن بأنه يملك عقارا لم يتصرف فيه فتعاقدوا معه مقتنعين بملكيته ، فإن هذا الحكم يكون قد تناول أركان الدعوى البوليصـية من حيث التواطؤ والإعسـار والضـرر وطبق المادة ٢٣٨ من قانون التجارة المختلط تطبيقا صحيحا لا قصور فيه " (الطعن رقم ٧٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٢/١٥) وبأنه " دين الضـريبة ينشـأ بمجرد توافر الواقعة المنشـئة له طبقا للقانون ، وهذه الواقعة تولد مع ميلاد الإيراد الخاضـع للضـريبة ، أما الورد فهو أداة تنفيذية لتحصـيل الضـريبة ولا يعتبر مصـدرا للالتزام بالضـريبة أو شـرطا لتكونه ، يؤيد هذا النظر أنه يبين من نصـوص بعض مواد القانون رقم ١٤ لسـنة ١٩٣٩ أن دين الضريبة ينشأ ويصبح واجب الأداء قبل أن يصدر به الورد ، فقد ألزم المشرع الممولين في المادتين ٤٤ ، ٤٨ من هذا القانون بعد تعديلهما بالقانون رقم ١٤٦ لسـنة ١٩٥٠ بالوفاء بالضـريبة على أسـاس الإقرار المقدم منهم ، وتقرر المادة ٤٥ وما بعدها أن الضريبة تصبح واجبة الأداء طبقا لما يستقر عليه رأى المصـلحة إذا أصـرت على تصـحيح الإقرار المقدم من الممول ، وأجازت المادة ٩٢ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٥٩ للمصلحة توقيع حجز تنفيذي بقيمة ما هو مستحق من الضرائب على أسـاس الإقرار إذا لم يتم أداؤها في الموعد القانوني دون حاجة الى إصـدار الورد ، وتقضـي المادة ٩٣ مكرر (أ) بإلزام الممول بفائدة قدرها سـتة في المائة عن الضـريبة التي لم يؤدها في ميعاد تقديم الإقرار اعتبار من اليوم التالي لتاريخ انتهاء المواعيد المحددة لأدائها حتى تاريخ الأداء ، ولا محل للتحدي بما تنص عليه المادة ٩٢ من ذات القانون ، ذلك أن هذه المادة صـريحة في أنها تعلق تحصـيل الضـريبة لا نشـوءها على صـدور الأوراد الواجبة التنفيذ ، ولا يغير من ذلك ما نصـت عليه المادة ٩٧ مكررا من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ ، ولا ما أورده القانون رقم ٦٤٦ لسـنة ١٩٥٣ بشـأن تقادم الضـرائب والرسـوم في مادته الثانية ، لأن هذين القانونين لم يسـتهدفا الإنابة عن الواقعة المنشـئة لدين الضـريبة ، وإنما شـرطا اتخاذ إجراءات معينة تيسـيرا على الممولين في استرداد ما دفعوه بغير حق ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ ، وكذلك ما أوضحته المذكرة افيضاحية للقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٢ ، وكذلك ما أوضـحته المذكرة الإيضـاحية للقانون رقم ٦٤٦ لسـنة ١٩٥٣ تعليقا على المادة الثانية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وجرى في قضائه على أن دين الضريبة لا ينشأ في ذمة الممول إلا بعد صدور الورد ، وأن دين ضريبة الأرباح التجارية موضوع التنفيذ المستحق عن سنتى ١٩٥٦ ، ١٩٥٧ ، تال في الوجود لتاريخ التصـرف الصـادر منه – بيبع العقار المحجوز عليه إداريا – الى المطعون عليهن والمسجل في ٣ سبتمبر ١٩٥٩ تأسيسا على أن الورد لم يكن قد وجه إليه حتى ذلك التاريخ ، ورتب الحكم على ذلك عدم توافر شـروط الدعوى البوليصـية بالنسـبة لهذا التصـرف ، وإلغاء الحجز الموقع

على العقار المبيع ، فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن قم ٢٣٨ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٤/١/١٦)

- إثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن : تقضي القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف المدين ، يحمل عبء إثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرك من شروط الدعوى البوليصية والدائن الذي يستعمل الدعوى هو المكلف بإثبات توافر جميع شروطها ، فإذا كان حق الدائن ناشئا عن واقعة قانونية ليست تصرفا فيجوز إثباته وإثبات تاريخ نشوئه بكافة الطرق ، ومتى ثبت هذا التاريخ أمكن المقارنة بينه وبين التاريخ الثابت للتصرف المطعون فيه والقول بأسبقية حق الدائن على التصرف المذكور أو عدمها ، فإذا كان مصدر حق الدائن تصرفا قانونيا فإنه يثبت طبقا للقواعد العامة ، إلا أنه لا يشترط أن يكون له تاريخ ثابت خاصة وأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة الى هذا التاريخ (سليمان مرقص ص٢٣٥ ، نبيل إبراهيم ص١٢٥)
- إجراءات رفع الدعوى البوليصية : ترفع الدعوى البوليصية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م٦٣ من قانون المرافعات) إلا أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، فإنه يجوز إثارته كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف . (عزمي البكري ص٩٠٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة ، ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠)

- الخصوم في الدعوى البوليصية : الدعوى البوليصية هى دعوى شخصية ، يجب على الدائن أن يختصم فيها المدين والمتصرف إليه ومن تصرف إليه الأخير أن وجد ، وهكذا وتسري الشروط المتعلقة بخلف الخلف وفقا للمادة التالية . (أنور طلبة ص٤٢٨)
- التمسك بالبوليصية : يجوز التمسك بها عن طريق الدفع في الدعوى التي يطلب فيها نفاذ التصرف ، كما يجوز التمسك بها عن طريق الدعوى المبتدأة يرفعها الدائن بطلب عدم نفاذ التصرف ، ويتمسك الدائن بالدعوى البوليصية عن طريق الدفع عندما يتدخل أو يدخل في الدعوى القائمة ما بين المدين والمتصرف إليه ، وحينئذ يتعين على القاضي بحث شروط الدعوى البوليصية ، فإن توافرت قضى بقبول الدفع وبعدم نفاذ التصرف في حق الدائن وفي الدعوى الصلية بصحة ونفاذ التصرف فيما بين المتعاقدين ، ولا يتعارض ذلك مع اعتبار التصرف غير نافذا في حق الدائن ، إذ لكل نفاذ نطاقه ويصح أن يكون التصرف نافذا بالنسبة لشخص وغير نافذ بالنسبة لآخر ، وللمتصرف إليه أن يحتج بالتصرف في مواجهة من نفاذ في حقه دون من لم ينفذ في حقه . (أنور طلبة ص٤٢٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة ، ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائنه في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية وبيس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من أعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ق جلسة

١٩٥٠/٣/٣٠) وبأنه " قضاء محكمة النقض قد جرى على جواز التمسك بالدعوى البوليصية كدفع في الدعوى التي يطلب فيها نفاذ التصرف " (الطعن رقم ٧ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٢/١٤)

- استخلاص شروط الدعوى البوليصية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت بين ما استخلصته من ذلك وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البوليصية وهى كون دين رافع الدعوى سابقا على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيء النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعد ذلك بإبطال التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديدا مستوفى الأسباب " (الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/٤/١٦) وبأنه " متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وملابساتها ما استدلت به على إعسار المطعون عليهما الثانية والثالثة – المدينتين الراهنتين – وسوء نيتهما هما والطاعن – الدائن المرتهن – على الإضرار بالمطعون عليها الأولى واستندت في ذلك الى اعتبارات سائغة ثم طابقت بين ما استخلصته وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البوليصية وهى كون دين رافع الدعوى مستحق الأداء سابقا على التصرف المطعون فيه وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئ النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعدم نفاذ التصرف ، فإن ذلك حسبها ليكون حكمها سديدا لا مخالفة فيه للقانون " (الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/١١) وبأنه " إذا كان المشتري قد استند في دفاعه في دعوى إبطال التصرف الى أن عقد البيع المراد إبطاله قد ذكر فيه أن الثمن يدفع في دين للبنك العقاري مضمون برهن على الأطيان المبيعة وغيرها يرجع تاريخه الى سنوات عدة سابقة على نشوء حق الدائن طالب إبطال البيع ، وأنه دفع للبنك مبالغ بمقتضى وصولات قدمها الى المحكمة تناهز ضعف ثمن الأطيان المبيعة ، فهذا الدفاع من شأنه – لو صح – أن يؤثر في وجه الحكم في الدعوى لأنه متى ثبت أن البيع قد انعقد بقصد وفاء دين على المبيع يضمنه رهن سابق على نشوء حق دائن آخر ويربو على قيمة العين المبيعة ، فذلك ينفي ركن الإضرار بالدائن الأخير من ناحية وإفقار المدين من ناحية أخرى وتنتفي تبعا مصلحة هذا الدائن في طلب إبطال هذا البيع وإذن فإذا أغفل الحكم القاضي بإبطال البيع مناقشة هذا الدفاع وتحقيقه والرد عليه ، واستند في قضائه الى ما قاله من بخس الثمن دون أن يبين كيف تحصل له ذلك فهذا الحكم يكون قد عاره بطلان جوهري ويتعين نقضه " (الطعن رقم ١٠٣ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣) وبأنه " إن طلب إبطال التصرف الحاصل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدني يقتضي أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى الى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفي بحق الدائن المدعى ، هذا هو حكم القانون على إطلاقه ، إلا أنه يجب أن يلاحظ في تطبيقه أن لمن يكون له دين ثابت الحق في أن يقتضي دينه من غريمه غير التاجر في أى وقت شاء ، وأن يتفق معه على طريقة الوفاء سواء أكان ذلك عينا أم بمقابل ولا يؤثر في ذلك علم هذا الدائن بما لغيره م دين ، بل إذ كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيه إلا الى الحق الذي اتخذ أساس للاتفاق أو الى المحاباة التي قد تقع فإذا كان المشتري قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا في ذلك الى عقود مسجلة والى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتحيص لكى تقول كلمتها فيها ، بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره الى مدينه دليلا على تواطئه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور في أسبابه " (الطعن رقم ٥٣ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)
- آثار الدعوى البوليصية : متى توافرت شروط الدعوى البوليصية على نحو ما سلف ، فإنها لا تؤدي الى بطلان تصرف المدين ، وإنما تحول فقط دون نفاذه في حق الدائنين ، فيظل التصرف

قائما وصحيحا فيما بين أطرافه وينصرف أثره الى خلف كل منهما ، سواء كان خلفا عاما أو خاصا ، ومتى قضى بعدم نفاذ التصرف وأصبح الحكم نهائيا ، كان للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق أو بطلب الفسخ والتعويض لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، ولما كانت الدعوى البوليصية دعوى شخصية الغرض منها عدم نفاذ التصرف لتمكين الدائن من استيفاء حقه ، فلا يكون من شأنها تثبيت ملكية الدائن للحق محل التصرف ، ويقتصر الحكم على القدر الذي يكفي للوفاء بهذا الحق ، وفي هذه الحالة تسري أحكام الاستحقاق الجزئي (م٢٤٠) وات كان بيد الدائن عقد بيع يتعلق بالعين محل التصرف المطعون عليه ، فليس له المطالبة بالحكم بصحته ونفاذه إن كان التصرف المطعون عليه سابق في التسجيل ، ذلك لأن الغش والتواطؤ لا ينالان من التسجيل ويكون للدائن الرجوع بالتعويض والتنفيذ على العين . (أنور طلبة ص٤٢٥)

- الدفع بالصورية يجب أن يسبق الدفع بالبوليصية : الصورية المطلقة تعني أن التصرف لا وجود له في الواقع أصلا أما البوليصية فتعني أن التصرف جدي وغير صوري ولكنه غير نافذ في حق الدائن ، ومن ثم فإنه لا يجوز إبداء الدفع بعدم نفاذ التصرف يف حق الدائن ثم يعود الدائن الى الدفع بصوريته لأنه بتمسكه بالدفع الأول يكون قد أقر باعتبار التصرف حقيقيا مما يحول دونه والعودة الى الدفع بصوريته ، أما إذا تمسك أولا بالصورية ، وأخفق في إثباتها ، كان له بعد ذلك التمسك بعدم نفاذ التصرف ، باعتباره تصرفا حقيقيا إلا أنه غير نافذ في حقه ، ويجوز للدائن أن يجمع بين الدفعين ولو في صحيفة واحدة أو بمذكرة واحدة وذلك على سبيل الخيرة بينهما ، وفي هذه الحالة يجب أن يتمسك أولا بالصورية ثم ينتقل بعد ذلك ، في حالة عدم ثبوت الصورية الى التمسك بعدم النفاذ ، كما يجوز له التمسك أولاً بالصورية وحدها ثم يبدي بعد ذلك الدفع بعدم النفاذ في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . (عزمي البكري ص٩٠٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يقبل من الدائن الادعاء بصورية تصرف مدينه صورية مطلقة بعد أن يكن قد طعن عليه بعدم نفاذه في حقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ ، لأن مثل هذا الطعن فيه معنى الإقرار بجدية التصرف ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له بما يتفق مع الادعاء بصوريته صورية مطلقة التي إنما تغني عدم قيامه أصلا في نية المتعاقدين فيه " (الطعنان رقما ٢٤٨٠ ، ٢٤٨١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦) وبأنه " إذا تمسك الدائن أصليا بصورية عقد البيع الحاصل من مدينه واحتياطيا بأن هذا البيع حصل إضرارا به ، وبحثت المحكمة في صورية العقد فتبين لها أنه جدي ، فلا يجوز لها بعد ذلك أن تبطله على أساس أنه صوري تدليسي " (الطعن رقم ١٤ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٦/١١/١٩) وبأنه " دعوى الصورية دعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال الى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولاً فإن لم ينجح انتقل الى الدعوى الأخرى " (الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٢/٢٥) وبأنه " وإن كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتمن إنكار التصرف ، مما يقتضي البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعين معا إذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مذكرة المطعون ضدها الأولى أمام محكمة الدرجة الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا ، إذ طلبت الحكم بعدم نفاذ عقد البيع الصادر الى الطاعنة من مورث باقي المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وأن العقد صوري محض وقصد به تهريب أمواله وعلى فرض أنه جدي فإنه إنما عقد للإضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ من القانون المدني ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقدم ذكره ، وبالتالي فإن طلب الصورية كان معروضا على محكمة الدرجة الأولى

وإغفالها الفصـل فيه لا يجعله طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف " (الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩) وبأنه " العلة في وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولاً حتى إذا اخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولاً ن ثم ينتقل إن هو أخفق فيها الى عدم النفاذ " (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

- التنازل عن الدعوى البوليصية : للدائن التنازل عن الدعوى البوليصية ، ويكون التناول صراحة أو ضمنا ، إنما يجب أن تكون نيته في التناول واضحة . إلا أنه لا يعتبر تنازلا مجرد توقيع الدائن حجزا على الثمن المستحق في ذمة المشتري للبائع . (عزمي البكري ص٩٠٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " للدائن للتنازل صراحة أو ضمنا عن الدعوى البوليصية ، على أن تكون نيته في التنازل واضحة ، ومجرد توقيعه حجزا على الثمن المستحق في ذمة المشتري للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا عن الطعن في البيع بالدعوى البوليصية " (الطعن رقم ١٠٦٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٧)

- الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة : تتفق الدعويان في الهدف النهائي وهو المحافظة على الضمان العام . لذلك كان إعسار المدين شرطا ضروريا في الدعويين إذ لا تدعو الحاجة الى المحافظة على الضمان العام إلا إذا لم يكن هذا الضمان كافيا ، بأن كانت التزامات المدين تزيد عن أمواله ، ولكن الدعوى البوليصية تتميز بما لها من خطورة ، إذ هى تؤدي الى تعطيل آثار تصرف جدي عقده المدين ، في حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبي ، كما أن الدعوى البوليصية تمس مصلحة شخص آخر غير المدين وهو المتصرف إليه . لذلك كان من المنطقي أن تكون شروطها أكثر صعوبة من شروط الدعوى غير المباشرة ، ففي حين أنه لا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين ، إذا لم يستعمل حقه ، قد قصد الإضرار بدائنيه ، يشترط في الدعوى البوليصية ، إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، أن يكون المدين قد ارتكب غشا وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش ، وفي حين أنه يكفي أن تكون الدائنية محققة لكى يستطيع الدائن أن يستعمل حقوق مدينه ، فإنه يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا على تصرف المدين حتى يجوز له الطعن فيه طالبا عدم نفاذه في حقه " (نبيل إبراهيم ص١٢٠ ، إسماعيل غانم ص١٦٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبين إحداهما بعد الأخرى ، وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البوليصية استقلالا بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية لو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندما ووجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب القف قد دفع بأن هذه المصادفة باطلة لصدورها غشا وتدليسا وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فإنه لا يكون قد جميع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البوليصية في آن واحد ، وإنما هو آثار الدعوى البوليصية كمسألة أولية بهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البوليصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البوليصية فإنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تطبيق هذا الدفاع وتعين نقضه " (الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢)

﴿ المـادة ٢٣٨ ﴾

" إذا كان تصـــرف المدين بعوض ، اشـــترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً علي غش من المدين ، وأن يكون من صـــدر له التصـــرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصـــرف منطوياً على الغش أن يكون قد صـــدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

أما إذا كان التصـــرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صـــدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلي خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغش أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً ".

《 التعليـــــق 》

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٣٩ سوري ، المادة ٢٤١ ليبي ، المادة ٢٦٤ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . فيما عدا عبارة "أو كان ينبغي أن يعلم ذلك" وردت في المشروع التمهيدي في آخر الفقرة الأولى ، فيما عدا عبارة "فلا يصح الدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول هذا الغش إذا كان المدين قد تصرف بعوض" وهى الواردة في الفقرة الثالثة ، فإنها وردت في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني بعلم غش المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف بعوض" ، وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد أن حذفت عبارة "وكان ينبغي أن يعلم ذلك" من آخر الفقرة الأولى وأصبح رقم النص المادة ٢٤٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ استدلت عبارة "فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول هذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض" بالعبارة المقابلة التي وردت في المشروع التمهيدي ، وذلك حتى "لا يكون عقد الخلف الثاني معرضا للطعن إلا إذا كان عالما بعيب التصرف الأول من جهة المدين والخلف الأول" ، واصبح رقم المادة ٢٣٨ ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦١٥ ، ٦١٨)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " **ولعل أمر الإثبات من أشق ما يصادف الدائن في الدعوى البوليصية سواء في ذلك إثبات إعسار المدين أم إثبات التواطؤ بينه وبين من يخلفه – وقد وضع المشروع قاعدتين لتيسير مهمة الدائن في هذا الصدد : أ- فاجتزأ من الدائن في إثبات إعسار مدينه بإقامة الدليل على مقدار ما في ذمته من ديون ، فمتى أقام هذا الدليل كان على المدين أن يثبت أن له مالا يعادل قيمة هذه الديون على الأقل . ب- ثم أنه جعل من مجرد علم المدين باعساره قرينة على توافر الغش من ناحيته واعتبر من صدر له التصرف عالما بهذا الغش إذا كان قد علم بذلك الإعسار ، ويراعى أن حسن النية يفترض فيما يعقد من التصرفات التي تقتضيها صيانة تجارة المدين أو زراعته أو صناعته ، فمثل هذه التصرفات تقع صحيحة وتكون بهذه المثابة بمأمن من الطعن .**

《 الشـــــرح 》

- الغش والتواطؤ أهم شروط الدعوى البوليصية : **ذكرنا فيما تقدم أن شروط الدعوى البوليصية التي ترجع الى المدين هى : (١) الإعسار ، (٢) الغش والتواطؤ ، وسبق أن تناولنا الإعسار في المادة**

السابقة ، بقى لنا الغش والتواطؤ ، والغش والتواطؤ من أهم شروط الدعوى البوليصية فلا يكفي أن يؤدي التصرف المطعون عليه الى إعسار المدين أو الى زيادة إعساره – بل يلزم أن تم التصرف معاوضة ألا بمقابل ، أن يكون مشوبا بالغش من جانب المدين فيقصد من تصرفه الى الإضرار بدائنه ليحول دونه والتنفيذ على العين محل التصرف ، ويتوفر الغش عندما ينصرف المدين في أمواله وهو يعلم أنه معسر أو أن هذا التصرف سيؤدي الى إعساره (أنور طلبة ص٤٤٥) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر لع التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " ، ويتبين من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلا ، وجب أن يكون منطويا على غش من المدين ، وقد توخى التقنين المدني الجديد إقامة قرائن قانونية لتيسير الإثبات الذي يحمل عبئه الدائن ، فعلى الدائن أن يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع بسبب إعساره أو يزيد في إعساره ، ويستطيع الدائن أن يستخلص من هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي أن دفع الثمن ، فإذا أثبت الدائن علم المدين بإعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين ، ولكن القرينة غير قاطعة ، فهي قابلة لإثبات العكس ، ويستكيع المدين أن ينقصها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على الترف باعثا آخر . كما لو أثبت أنه قصجد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية ، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التي تقتضيها مهنته ، وقد يتعاقد المدين تعاقدا يؤدي الى إعساره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا غشا وإضرارا بحقوق الدائن ، بل اعتقادا منه أن هذا التعاقد الذي أدى الى إعساره سيكون سببا في ترويج أعمال وعودته الى اليسار ، ففي مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش ، ولا يكفي مادام التصرف في معارضة ، أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين على النحو المتقدم ذكره ، بل يجب أيضا أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لإثبات علم المتصرف إليه بالغش مجرد علم المتصرف إليه بإعسار المدين الى أن يثبت أنه مع علمه بإعسار المدين كان معذورا في اعتقاده أن المدين لم ينصرف بقصد الإضرار بدائنيه بل يقصد آخر لا احتيال فيه على القانون (عزمي البكري ص٩١٣) فإذا باع المدين لزوجه عقارا ، ولم يامكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التي دفع منها الثمن ولم يكن في حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له ، فإذا إذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا قرينة على العلم بإعسار المدين . (استئناف مختلط ١٩١٣/١٢/١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها ، ويكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وتقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله " (الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٣ ، الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٢١٣ جلسة ١٩٨٤/٥/٨، الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١١٨٥ جلسة ١٩٧٨/٥/٨ ، الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٥٦٥ جلسة ١٩٧١/٤/٢٧) وبأنه "كان الحكم قد قرر أن عقد البيع موضوع النزاع هو عقد صحيح ، لم يشبه البطلان ، ولم يقصد منه الإضرار بالدائنين ، لعدم توافر شروط الدعوى البوليصية إذ لم يثبت إعسار المدين ، ولأن نشوء الدين كان لاحقا لعقد المبيع ، فإن هذا الذي أورده

الحكم لا يقتصر على نفى شروط الدعوى البوليصية ، بل يفيد كذلك نفى مظنة الصورية على وجه الإطلاق " (الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٦/١٠ ، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٧ ، ١/٢٣٨ من القانون المدني ، أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن أثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى وثبت في عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني أن العين المبيعة محملة برهن رسمي للمطعون عليها الأولى ضمانا لدينها قبل المطعون عليه الثاني (البائع) وأن هذا الرهن سابق في القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن ، واستخلص الحكم من شهادة شاهدى المطعون عليها الأولى من هذا الخصوص ، ومما شهد به شاهد الطاعن من أنه احتجز جزءا من الثمن لوجود الرهن ، قيام التواطؤ بين المطعون عليه الثاني وبين الطاعن تأسيسا على أن هذا الأخير كان يعلم أن التصرف يؤدي الى إعسار المطعون عليه الثاني ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن أقبل على الشراء وهو على بينة من الديون ومن الرهن المقيد على العين المبيعة ضمانا لهذا الدين ، والذي يخول للمطعون عليها الأولى تتبع العقار في أى يد تكون ، ثم رتب الحكم على ذلك قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثاني للطاعن ، فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال " (نقض ١٩٧١/٤/٢٧ س٢٢ ص٥٦٥) وبأنه " طلب إبطال التصرف الحاصل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدني (قديم) يقتضي أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى الى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفى بحق الدائن المدعى ، هذا هو حكم القانون على إطلاقه ، إلا أنه يحب أن يلاحظ في تطبيقه أن لمن له دين ثابت ، الحق في أن يقتضي دينه من غريمه غير التاجر في أى وقت شاء ، وأن يتفق معه على طريقة الوفاء سواء أكان ذلك عنا أم بمقابل ولا يؤثر في ذلك علم هذا الدائن بما لغيره من دين ، بل إذا كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيهه إلا الى الحق الذي اتخذ أساس للاتفاق أو الى المحاباة التي قد تقع فيه فإذا كان المشتري قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا في ذلك الى عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتحميص لكى تقول كلمتها فيها بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره على مدينه دليلا على توطئه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس ، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور في أسبابه " (نقض ١٩٤٣/٤/١ جـ١ في ٢٥سنة ص٦٥١) وبأنه " الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها فالحكم الذي لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه" (نقض ١٩٣٧/٥/٢٧ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٠) وبأنه " المادة ١٤٣ من القانون المدني واضحة في أن المشرع قصد أن يفرق في الحكم بين تصرفات المدين في أمواله بمقابل وما يصدر عنه بطريق التبرع ، فإنه بدأ بذكر التصرفات عامة واشترط لإبطالها أن تون قد صدرت بقصد إلحاق الضرر بالدائن أى بطريق الغش ، ثم عاد فذكر التبرعات وحدها مكتفيا في إبطالها بثبوت وقوع الضرر عنها ، وهذه المادة واضحة كذلك في أن الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها ، فالحكم الذي لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه " (نقض ١٩٣٧/٥/٢٧ طعن ٨٧ س٦ق) وبأنه " النص في المادة ٢٣٨ من التقنين المدني على أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض ان يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيان دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ويكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين

وقت صدور التصرف المطعون فيه " (نقض ١٩٧٨/٥/٨ طعن ٤٩٢ س٤٦ق) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٧ ، ١/٢٣٨ من القانون المدني أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات ، لا يكفي لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن ، بل يجب على الدائن ، إثبات التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذ كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التي أوردها أن المتصرف إليه – مشتري العقار – لم يكن يعلم أن التصرف يؤدي الى إعسار البائع ، ورتب على ذلك عدم توافر الغش في جانب المتصرف إليه بما ينتفي معه أحد أركان جعوى نفاذ التصرف فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا " (نقض ١٩٧٣/١٢/٤ طعن ١٨٣ س٣٩ق)

- سلطة قاضي الموضوع في تقدير التواطؤ والعلم بإعسار المدين : **تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق وتؤدي الى النتيجة التي انتهت إليها . (نقض ١٩٧٨/٥/٨ طعن ٤٩٢ س٤٦ق)**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **استنتاج انتفاء حصول التواطؤ بين البائع والمشتري من ظروف الدعوى ووقائعها هو مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها " (نقض ١٩٣٣/١/١٩ طعن ٧١ س٢ق) وبأنه " مفاد نص المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشرع أقام قرينة قانونية على علم المتصرف إليه بغش المدين إذا كان يعلم أن التصرف بسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره واستخلاص توفر هذا العلم من ظروف الدعوى هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع " (نقض ١٩٧٥/١٢/٨ س٢٦ ص١٥٨٠ و١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥) وبأنه " إذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت بين ما استخلصته من ذلك وبين المعامي القانونية لأركان الدعوى البوليصية وهي كون دين رافع الدعوى سابقا على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيء النية متوطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعد ذلك بإبطاله التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديدا مستوفى الأسباب " (نقض ١٩٣٦/٤/١٦ جـ١ ف ٢٥ سنة ٦٥٢) وبأنه " المقرر أن تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على اسباب سائغة وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه بعدم نفاذ البيع المحرر عنه العقد الابتدائي المؤرخ ١٩٥٢/١/٢٢ على ما استخلصه من مستندات المطعون ضده الأول وأقوال شهوده التي اطمأن إليها من أن تاريخ نشأة دينه سابق على التصرف المطعون فيه ، وبتوافر الغش لدى كل من الطاعنين ومورثهما المدين وعلمهما بإعسار الأخير وقت صدور التصرف لمعرفتهما بظروفه المالية لرابطة الزوجية التي تسمخ لهما بذلك ، وأن مورثهما لم يقصد من تصرفه سوى الإضرار بحقوق دائنه ، وإذ كان ما أورده الحكم في هذا الصدد سائغا وله أصل ثابت في الأوراق ويؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن ما تثيره الطاعنتان في هذين السببين لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الدليل مما تستقل به محكمة المضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض " (الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨) وبأنه " قضاء الحكم المطعون فيه بشهر إعسار الطاعن بصفته استنادا لمجرد قيام المطعون ضده باتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم الصادر له ضد الطاعن الذي لم يثبت –كحارس قضائي على أموال نقابة المحامين – أن لدى النقابة أموالا كافية للوفاء بالدين دون استظهار أن ما تم الحجز عليه هو كل ما للطاعن بصفته من أموال أو إيراد الأسباب التي استند عليها الحكم في عدم ثبوت كفاية أموال النقابة للوفاء بهذا الدين وكشف ما إذا كانت المحكمة قد تنبهت لظروف عامة أو خاصة صاحبته أثرت في حالته المالية . خطأ " (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨) وبأنه " لقاضي الموضوع السلطة التامة في استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت وما لا يثبته دون**

رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا " (نقض ١٩٧٦/١/٥ س٢٧ ص١٣٢ ، ١٩٣٣/١/١٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٠) وبأنه " يكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه " (نقض ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥)

- عدم اشترط الغش في التبرعات : لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين إذا كان التصرف تبرعا ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على ما يأتي : " أما إذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا" ، ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه بإعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين ، بل يكفي للنجاح في الدعوى البليصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم ، ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقى هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن في التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن ينبغي نفعا ، فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية ، أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له إذ المشتري إنما يتوقى ضررا كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان لاستيفاء حقه ، وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن " (السنهوري ص٩٢٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن المادة ١٤٣ من القانون المدني واضحة في أن المشرع قصد أن يفرق في الحكم بين تصرفات المدين في أمواله بمقابل وما يصدر عنه بطريق التبرع . فإنه بدأ بذكر التصرفات عامة واشترط لإبطالها أن تكون قد صدرت بقصد إلحاق الضرر بالدائن أى بطريق الغش (en fraude de ses droits) ثم عاد فذكر التبرعات وحدها مكتفيا في إبطالها بثبوت وقوع الضرر عنها ، وهذه المادة واضحة كذلك في أن الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها ، فالحكم الذي لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه " (الطعن رقم ٧٥ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٧)

- تصرف الخلف في الشيء المنقول إليه من المدين لخلف آخر : إذا تصرف خلف المدين لخلف ثان تبرعا ، وكان خلف المدين قد تلقى الحق من المدين تبرعا أيضا ، فيقضي للدائن بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه دون حاجة لإثبات غش من المدين أو علم الخلفين بإعساره ، بل يكفي أن يثبت أن هذا التصرف أدى الى إعسار المدين أو زاد في إعساره . أما إذا كان الخلف الأول تلقى الحق من المدين معاوضة ، فيحب للقضاء بعدم نفاذ التصرف أن يثبت الدائن التواطؤ فيما بين هذا الخلف والمدين على نحو ما تقدم ، فإذا كان خلف المدين قد تصرف للخلف الثاني معاوضة ، وكان خلف المدين قد تلقى الحق من المدين تبرعا ، فلا يقضي للدائن بعدم نفاذ التصرف إلا إذا أثبت علم الخلف الثاني بإعسار المدين ، فإن انتفى هذا العلم توافر حسن النية وأصبح التصرف نافذا في حق الدائن وترفض دعواه ، أما إذا كان خلف المدين قد تصرف للخلف الثاني معاوضة ، وكان خلف المدين قد تلقى الحق من المدين معاوضة أيضا ، فيجب حتى يقضي للدائن بعدم نفاذ التصرف أن يثبت التواطؤ بين الأطراف الثلاثة ، فيثبت التواطؤ بين المدين والخلف الأول على نحو ما تقدم ليكون تصرفهما غير نافذ في حقه ثم ينتقل لجعل التصرف التالي غير نافاذ أيضا في حقه بإثبات أن الخلف الثاني كان سيء النية بأن كان عالما بغش المدين وبعلم الخلف الأول بهذا الغش ، فإن عجز

عن هذا الإثبات كان التصرف الصادر للخلف الثاني نافذا في حقه (أنور طلبة ص٤٥٠) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدني بقولها " إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا " .

وقد قضت محكمة النقض بأن **" مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدني أن الخلف الذي تصرف له المدين بعقد معاوضة – إذا ما تصرف بدوره الى خلف آخر بعقد معاوضة ، فإن على الدائن الذي يطلب عدم نفاذ التصرف الأخير في حقه أن يثبت غش الخلف الثاني وألزمه القانون أن يثبت علم هذا الخلف الآخر بأمرين وقوع غش من المدين وهو أن التصرف منه ترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره والثاني وهو علم الخلف الأول بغش المدين " (نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ س١٩ ص١٢٨٢)**

- الغش يبطل التصرفات ، فقد قضت محكمة النقض بأن " قاعدة **(الغش يبطل التصرفات) هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات " (نقض ١٩٥٦/٢/٩ س٧ ص١٦٨)**
- الدعوى البوليصية في القانون التجاري ، فقد قضت محكمة النقض بأن " **متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان البيع الصادر من المفلس الى الطاعن أقام قضاءه على أن مديونية المفلس نشأت قبل التصرف في العقار موضوع النزاع ، وأن المفلس اصطنع دفاتر خصيصا للتفليسة ، وأن محكمة الجنح أدانت الطاعن بالاشتراك مع المفلس في الإفلاس بالتدليس بزيادة ديونه وتحرير سندات صورية وأن المفلس أصبح معسرا بتصرفه ببيع العقار للطاعن ، وأن مجموعة الدائنين لحقها الضرر من جراء هذا التصرف وأن ذمة المفلس كانت مشغولة بديون مستحقة عليه قبل التصرف ولم يسددها ، وأن المشتري كان على علم بإعسار البائع ولم يسجل العقد إلا بعد مضى ثمانية عشر شهرا من تاريخ توقيعه أى بعد ما أوهم المفلس دائنيه بتواطئه مع الطاعن بأنه يملك عقارا لم يتصرف فيه فتعاقدوا معه مقتنعين بملكيته ، فإن هذا الحكم يكون قد تناول أركان الدعوى البوليصية من حيث التواطؤ والإعسار والضرر وطبق المادة ٢٣٨ من قانون التجارة المختلط تطبيقا صحيحا لا قصور فيه " (نقض ١٩٥٣/١٠/١٥ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٢)**

﴿ المـــادة ٢٣٩ ﴾

" إذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٠ سـوري ، المادة ٢٤٢ ليبي ، المادة ٢٦٥ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، وأثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، كان على المدين أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " ، وفي لجنة المراجعة حور النص تحريرا جعله مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ليكون أدل على المعنى المقصـود ، وأصبح رقم المادة ٢٤٦ في المشـروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٣٩ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦١٩ ، ٦٢٠)

﴿ الشــــرح ﴾

- إثبات الإعسار : وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين ، فإذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون (السـنهوري ص٨٩٠) سـواء كانت حالة أو غير حالة ، فكل الديون التي تشـغل ذمة المدين تعتبر مفقرة له يتوفر بها إعسـاره ، وللدائن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، ويجب أن تصـرح له المحكمة باستخراج المسـندات الدالة على ذلك كلما كان هذا التصـريح لازما لتقدم له الجهة الدائنة ما يدل على مديونية المدين لها ، كما له تقديم إقرارات من الدائنين ، ولما كانت تلك القرينة بسيطة ، كان للمدين نقصها بإثبات أنه له مالا يساوي قيمة هذه الديون أو زيد عليها ، ولما كانت العبرة في الدعوى البوليصية بالإعسار الفعلي ، أى بزيادة الديون عن الحقوق ، ومن ثم ينتفي شرط الإعسار إذا تمكن المدين من هذا الإثبات ودل على أمواله وكان يمكن للدائن التنفيذ عليها ، فإن أخفى بعضـها ولم تكن أمواله الظاهرة تساوي ديونه على الأقل ، فإنه يكون معسرا ، ويجب أن يبقى الإعسار حتى رفع الدعوى البوليصية ، فإن تلقى ميراثا أو وصية مما أدى الى أن أصبحت أمواله تساوي ديونه أو تزيد ، انتفى عنه الإعسار (أنور طلبة ص٤٥٧) وتقدير ما إذا كان تصرف المدين قد سبب إعساره أو زاد فيه وما إذا كان الإعسار قائما الى وقت رفع الدعوى أم لا يخضع لقاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة ٢٣٩ من القانون المدني على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " ، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسـار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون وعندئذ تقوم قرينة قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة الى المدين وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك بإثبات أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسرا ، وإذا طولب المدين بإثبات أن له مالاً يساوي قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها وإلا اعتبر معسـرا وتقدير ما إذا كان التصـرف هو الذي سبب إعسار المدين أو زاد في الإعسار مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام استخلاص محكمة الموضوع سائغا وله أصله الثابت في الأوراق " (الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ق س٣٣ ص٥٠٨ جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ ، الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٢٧١ جلسة ١٩٨٣/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٣ ص١٧١ جلسة ١٩٧٩/١٢/٦) وبأنه " عب إثبات إعسار المدين عند الطعن بالدعوى البوليصية يقع على عاتق الدائن " (نقض ١٩٣٦/١١/٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٩)

《 المــــادة ٢٤٠ 》

" متى تقرر عدم نفاذ التصــرف اســتيفاء من ذلك جميع الدائنين الذين صــدر هذا التصرف إضرارا بهم ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤١ سوري ، المادة ٢٤٣ ليبي ، المادة ٢٦٦ عراقي ، المادة ٢٦٧ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣١٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وقد وافقت لجنة المراجعة تحت رقم ٢٤٧ من المشــروع النهائي ، ثم وافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يخالف حكم التقنين المدني السابق ، وكان حكما أفضـل إذ بمقتضـاه يسـتفيد من عدم نفاذ التصـرف إلا الدائن الذي حكم له ، وذلك لتشجيع الدائنين على مباشرة دعوى نفاذ التصرف . أما إذا كان الدائنون جميعا يستفيدون من آثار هذه الدعوى ، فقلما ينشط دائن بالذات لمباشرتها على هذا الاعتراض بأن الأساس القانوني يتفق مع النص المقترح ، لأن الغرض من هذه الدعوى بقاء الأموال المنصــرف فيها في الضــمان العام للدائنين ، فلا معنى لأن يختص بفائدتها دائن دون آخر ، لأن في ذلك إعطاء حق امتياز لأحد الدائنين بغير نص أو حكم ، وعدم مباشرة هذه الدعوى من قبل بعض الدائنين قد يرجع الى عدم علمهم بالتصرف أو بإعسار المدين ، والدائن مباشـرة الدعوى سـيعوض عن جميع المصـرفات التي صـرفها في الدعوى وتكون له الأولوية في اقتضائها ، وفي جلسة أخرى اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض حذف النص لتعارضـــه مع قاعدة نســبية الأحكام ، ولانعدام النيابة بين الدائنين ، ولأنه لا محل للقول بعدم التجزئة لمنافاته لطبيعة الدعوى إذ هى دعوى عدم نفاذ تصرف لا دعوى بطلان وإذا كان البطلان لا يتجزأ فعدم النفاذ قد يتجزأ ، ولأن النص يشترط لإفادة الدائنين الآخرين أن يكونوا ممن صدر التصرف إضرارا بهم وإثبات تحقق هذا الشــرط مرجعه الى القضــاء ، ومن ثم فإن النص لا يغني أى دائن عن رفع الدعوى ، هذا الى أ، القضــاء مســتقر على ما يخالف حكم النص ... ولكن اللجنة لم تر الأخذ بهذا الاقتراح ، وأقرت النص كما هو تحت رقم المادة ٢٤٠ ، ثم وافق مجلس الشـــيوخ على النص دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص٦٢٢ ، ٦٢٤)

《 الشـــرح 》

- آثار الدعوى البوليصية :
- انصــراف أثر الدعوى لجميع الدائنين : **إذا تعدد الدائنون ، وعلم أحدهم بتصــرف المدين فأقام الدعوى البوليصية طالبا عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، وكان مستوفيا لشروط هذه الدعوى ، فصـدر الحكم به بذلك ، فإن باقي الدائنين يسـتفيدون من هذا الحكم سـواء تدخلوا في الدعوى أم لم يتدخلوا ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة نسبية الأحكام في هذا الصدد عملا بنص المادة ٢٤٠ سالفة البيان طالما أنهم كانوا مستوفيين شروط الدعوى البوليصية وكان التصرف الذي قضى بعدم نفاذه تاليا لحقوقهم ، فإن انفرد الدائن الذي اسـتصـدر الحكم باتخاذ إجراءات التنفيذ ، دون أن يشـــاركه غيره من الدائنين ، وتمكن بذلك من اســترداد حقه ، فليس للدائنين الآخرين بعد ذلك الرجوع عليه مطالبين تقســيم ما خصــه فيما بينهم قســمة غرماء ، أما إذا تنبه هؤلاء وتدخلوا في إجراءات التنفيذ ، كان لهم اقتسام حصيلة التنفيذ قسمة غرماء فلا يتقدم عليه دائن آخر إذا كان له حق عيني تبعي على العين التي تم التنفيذ عليها كما لو كان دائنا مرتهنا أو صـاحب حق اختصـاص أو امتياز ، فلا يستفيد من الدعوى البوليصية إلا الدائن الذي استوفى شروطها يستوي بعد ذلك أن يكون هو الذي رفعها أم تدخل فيها أو تدخل في إجراءات التنفيذ . فإذا رفضـــت دعوى الدائن**

الأول ، فأقام غيره دعوى مماثلة قضـى فيها بعجم نفاذ التصـرف ، اسـتفاد منها باقي الدائنين بما فيهم الدائن الذي رفضن دعواه طالما كان مستوفيا لشروطها (أنور طلبة ص٤٦٠) ولا يجوز لدائني المتصـرف إليه أن يشـاركوا دائني المتصـرف في هذا التنفيذ ، فليس لدائني المتصـرف إليه من الحقوق أكثر مما للمتصرف إليه نفسه ، ولما كان التصرف غير نافذ ، فإن المال لا يعتبر مملوكا للمتصـرف إليه ، وبالتالي فلا يدخل في ضـمان دائنيه ، غير أنه إذا كان محل التصـرف مبلغا من النقود سلم الى المتصرف إليه ، أو دينا أبرئ منه ، فلا مناص من أن يخضع دائنو المتصرف ، في تنفيذهم على أموال المتصرف إليه للحصول على المبلغ المستحق عليه ، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائني المتصـرف إليه ، إذ أن دائني المتصـرف في هذه الحالة لا يطالبون بشئ معين بالذات ، وإنما هم ينفذون بالمبلغ المسـتحق على كافة أموال المتصـرف إليه وهى ضـمان دائنيه ، وإذا كان التصرف يتضمن إنشاء التزام جديد في ذمة المدين ، كقرض أو شراء فإن المقرض أو البائع لا يعتبر دائنا بالنسبة للدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف ، فلا يستطيع أن يشاركهم التنفيذ على أموال المدين ، وإذا كان المدين وفى له بالتزامه وجب عليه رد ما تسلمه (عزمي البكري ص٩٣٠) ويترتب على نفاذ التصرف في حق الدائنين أن تمنع عليهم الاستفادة من ذلك التصرف ، فإذا كان التصرف شراء وحكم بعدم نفاذه في حق الدائنين فلا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراه ، وإذا كان التصـرف بيعا ولم يدفع المشـتري الثمن بعد فلا يجوز للدائنين مطالبته به ، وإذا كان قد دفعه واسـتفاد منه الدائنون بأن أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون ، وجب عند التنفيذ على العين المبيعة بوصـفها لازالت في ملك البائع ، أن يقتطع من الثمن الذي يرسـو به المزاد مبلغ يعادل ما اسـتفاده الدائنون ، ويكون هذا المبلغ من حق المشـتري لا يجوز للدائنين فائدة أصـلا ، بأن كان الثمن الذي قبضـه المدين غير ظاهر لا يسـتطيع الدائنون التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البوليصـية ، كان للدائنين أن ينفذوا بحقوقهم على العين المبيعة بكل قيمتها . (إسـماعيل غانم ص١٨٥ ، سليمان مرقص ص٢٤٥ ، علي عمران ص١٠٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضرارا بدائنه ، وهي بذلك تتضمن إقرارا بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره ، ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصـرف فيها الى المدين ، وإنما ترجع فقط الى الضـمان العام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصـلا الى التقرير بأن العين محل التصـرف لم تخرج من ملك المدين " (الطعن رقم ٧٢٨ لسـنة ٤٨ق س٣٢ ص١٥٤٩ جلسـة ١٩٨١/٥/٢٠ ، الطعن رقم ٣٩٢ لسـنة ٣٧ق س٢٣ ص١١٠٥ جلسـة ١٩٧٢/٦/١٣ ، الطعن رقم ٢٥٤ لسـنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٢٨ جلسـة ١٩٧١/١٢/٢٥) وبأنه " ليس من شـأن الدعوى البوليصـية المفاضـلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب الدائن بحق عيني ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه ، بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان دون أن تترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين ، وإنما ترجع العين فقط الى الضـمان العام للدائنين " (نقض ١٩٧٢/٦/١٣ س٢٣ ص١١٠٥)

- لا يجوز للمتصرف إليه مشاركة الدائنين في التنفيذ ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان طلب عدم نفاذ التصـرف (الدعوى البوليصـية) منصـبا على التصـرف بأكمله قرضـا ورهنا – كان المدين اقترض ورهن عينا ضـمانا لهذا القرض – باعتباره تصرفا أجراه المدين إضـرارا بالدائنين وأجابت المحكمة الدائن الى طلبه ، فإن قضـائها في هذا الخصـوص – فضـلا عما يترتب عليه من إدخال الحق المتصـرف فيه في الضـمان العام للدائنين – من شـأنه إخراج الدائن الذي تواطأ مع

المدين إضـــرارا بباقي الدائنين من مجموع هؤلاء الدائنين فلا يشـــترك معهم في حصـــيلة الحق المتصـرف فيه عند التنفيذ عليه وليس له أن يقتضـي ماله من دين في ذمة مدينه إلا مما عسـى أن يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ . (نقض ١٠/٦/١٩٦٥ س١٦ ص٧٢٤)

- بقاء التصرف قائماً صحيحاً بين المتعاقدين : يبقى التصرف قائما صحيحا بين المتعاقدين إذ أن الدعوى ليست دعوى بطلان أو إبطال لأن البطلان لا يكون إلا جزاء عدم توافر أركان العقد أو نقص أحد شروط صحته ، فإذا كان التصرف بيعا ظلت العين مملوكة للمشتري بحيث إذا بقى منها أو من ثمنها شـــيء بعد اســتيفاء دائني البائع حقوقهم الســابقة على البيع ، كان الباقي من حق المشتري دون البائع ، وإذا كان التصرف منشئا لالتزام في ذمة المدين بقى قائما فيجب عليه الوفاء به (غانم بند ٧٩) غير أن عدم نفاذ التصـرف قج يؤثر في علاقة طرفيه فإذا كان التصـرف فيها كان من حق المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق أو طلب الفسخ (السنهوري بندى ٦٠٥ و٦٠٦ ، غانم بند ٧٩ ، جمال زكي بند ٣٦٤ ، مرقص بند ٦٩٢ ، محمد كمال عبد العزيز ص٨٧٧)

وقد قضـت محكمة النقض بأن " الدعوى البوليصـية ليسـت في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضـاء محكمة النقض – إلا دعوى بعدم نفاذ التصـرف الصـادر من المدين إضـرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم الصـادر فيها صـحة العقد الصـادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صـحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما " (نقض ١٣/٦/١٩٧٢ س٢٣ ص١١٠٥) وبأنه " ويكون من حق المشتري الذي لم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيذ أن يعود هذا المشـــتري الى بعث عقده الابتدائي ومطالبته الحكم بصـــحته ونفاذه لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل الى المشتري الذي سـجل عقده محملة بحق المشتري الذي لم يسـجل بوصفه دائنا للبائع وليس للدائن في مقام التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذي أجرى عليه التنفيذ " (نقض ٢/٦/١٩٥٥ جـــ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٢) وبأنه " الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم الصـادر فيها صـحة العقد الصـادر من المدين بل يظل هذا العقد صـحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شـأن الدعوى البوليصـية المفاضـلة بين العقود ، بل هى دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه ، بل إنها تدخل ضـمن ما يكفل به القانون حقوق الدائن ضـمن وسـائل الضـمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصـالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين وإنما رجوع العين فقط الى الضـمان العام للدائن " (نقض ٣٠/١١/١٩٨٣ طعن ٧٣٤ س٤٩ق ، نقض ١٩/٦/١٩٩١ طعن ١٠٦٠ ص٥٥ق)

- حق الدائن في المطالبة بالتعويض : للدائن ، فضلا عن طلب عدم نفاذ التصرف في حقه ، أن يطالب بإلزام كل من المدين والمتصرف إليه وخلف الأخير بتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب هذا التصــرف وفقا للقواعد العامة متى توافر التواطؤ بينهم ويكونون متضــامنين باعتبار أن مســئوليتهم تقصيرية . (أنور طلبة ص٤٥٠)

﴿ المـــادة ٢٤١ ﴾

" إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسـر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٢ سوري ، المادة ٢٤٤ ليبي ، المادة ٢٦٧ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " إذا كان من تلقى حقا من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل ، وقامت بإيداعه خزانة المحكمة ، وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع" ، وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة "متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل" بعبارة "متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل" ، وأصبح رقم المادة ٢٤٨ في المشروع النهائي ووافق عليها مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة "وأعلن كل ذي شأن بهذا الإيداع" لأن ذوي الشأن لا يمكن تحديدهم على سبيل الجزم ، وأصبحت المادة رقمها ٢٤١ ، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ص٢٦٢٥ ، ٢٦٢٧)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " فإذا استوفى مباشر هذه الدعوى حقه من المدين ، أو من المتصرف له ، أو إذا ظهرت أموال تكفي للوفاء بهذا الحق ، وهو ما يعدل الوفاء حكما ، انتفت مصلحته في المضي في دعواه ، وسقط حقه فيها تفريعا على ذلك ، ولمن صدر له التصرف أن يقيم الدليل على حسن نيته بإيداع ثمن ما آل إليه بمقتضى التصرف ، متى كان هذا الثمن قريبا من ثمن المثل ، وبذلك ينتفي آثار الطعن وتسقط الدعوى .... الخ " .

《 الشـرح 》

- عدم دفع المتصرف إليه من المدين المعسر ثمن الحق : للمدين أن يوفى الدين وحينئذ تنقضي الدعوى أو يوقف تنفيذ الحكم الصادر فيها بعدم نفاذ تصرفه ، وقد يقوم المتصرف له بهذا الوفاء ويكون له الرجوع بعد ذلك على المدين ، إن كان قد وفى الثمن . إما إذا كان الثمن لم يزل في ذمة المتصرف له ، فإنه يستطيع أن يتخلص من الدعوى إذا كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وينفذ هذا الوفاء بالنسبة لباقي الدائنين ، ويكون لهم مشاركة الدائن رافع الدعوى في التنفيذ على الثمن فيقتسموه قسمة غرماء ، أما أن لم يقم المدين أو المتصرف له بالوفاء ، استمر الدائن في دعواه حتى يحصل على حكم بعدم نفاذ تصرف المدين فتعود العين إلى الضمان العام وينفذ الدائن عليها متى كان التصرف معاوضة وتوافرت شروط الدعوى البوليصية على نحو ما سلف ، وللدائن المطالبة بالتعويض بالإضافة إلى عدم نفاذ التصرف متى أصابه ضرر من التصرف . (أنور طلبة ص٤٦٤)

《 المـادة ٢٤٢ 》

" إذا لم يقصد إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة.

وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق الدائنين ، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفي حقه ".

《 التعليـق 》

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٣ سوري ، المادة ٢٤٥ ليبي ، المادة ٢٦٨ عراقي .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٢٢ من المشروع التمهيدي على وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال بعض تعديلات لفظية ، ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٢ ، وقد اعترض في هذه اللجنة على ما جاء بالنص من بطلان الوفاء بحجة أن التقنين السابق يجعل الوفاء صحيحا ، فأجيب أن قرينة

الغش متوافرة قطعا ، وهذا ما يبرر الحكم الوارد في النص ، ثم أقره مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٢٨ ، ٦٣٠)

وقد جاء بمذكرة المشــروع التمهيدي أنه " ويراعى من ناحية أخرى أن المدين إذا لم يقم بالوفاء ، بل كفل لأحد دائنيه ، دون حق ، سببا من أسباب التقدم على الباقين ، بأن رهن له مثلا مالا من أمواله رهنا رسميا أو رهن حيازة ، فتصرفه على هذا الوجه يكون قابلا للطعن ، وفقا لأحكام النص ، شأنه في ذلك شأن الوفاء باعتبار وحدة الغاية من كل منهما ، وقد يكون مثل هذه التصرفات من قبيل المعاوضات أو التبرعات ، تبعا لما إذا كان الدائن قد أدى مقابلا لاستئجاره ، أو تم له دون مقابل ويجب في الحالة الأولى توافر التواطؤ بين المدين والدائن .

﴿ الشــرح ﴾

- ترتيب المدين لأحد دائنيه دون حق سبب من أسباب التقدم : الأصل أن كل الدائنين العاديين سواء ، ولكن قد يمنح المدين أحد الدائنين ضمانا خاصا ، فيرتب له رهنا رسميا أو حيازيا دون أن يكون لهذا الدائن حق في ذلك مما يجعله يتقدم في التنفيذ بحقه على سائر الدائنين ، وحينئذ ، يعتبر هذا الضمان تصرفا مفقرا للمدين مما يخول الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، وجب التميز في هذه الحالة بين فرضين : فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلا له ، ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعا ، ولا يشترط في جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصية غش الدائن الذي حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذي أعطى هذا الضمان ، أما في الفرض الثاني ، إذا أدى الدائن مقابلا للضمان الذي حصل عليه ، كأن مد في أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديدا أو حط جزءا من المدين ، فإن التصرف يكون معاوضة ، ويشترط إذن في جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، إثبات غش كل من المدين والدائن ، أى إثبات أنهما قصد من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين ، وفي الفرضين ، إذا نجح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذي حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التي كان يسعى إليه من غير حق (إسماعيل غانم ص١٥٤) وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من الدين ، وفي عهد التقنين المدني السابق ، لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للإضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فإن علمه هذا الغش ليس بدليل على أنه متواطئ معه ، إذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى الى غرض مشروع ، أما إذا كان الدين الذي وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به متناولا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في الوفاء إذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل ، وقد أورد التقنين المدني الجديد نصا صريحا في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام إذا قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ بأن "إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين ، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه " ، ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ويعتبر التصرف هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، لا غش المدين الذي عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذي تعجله ، أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشيء ، ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز ، ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في

المعاوضـــات ، فيحب إثبات غش المدين الذي وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذي اســـتوفى حقه . (السنهوري ص٩٠٤ وما بعدها)

وقد قضــت محكمة النقض بأن " **إن طلب إبطال التصـرف الحاصــل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدني يقتضي أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى الى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفي بحق الدائن المدعى ، هذا هو حكم القانون على إطلاقه ، إلا أنه يجب أن يلاحظ في تطبيقه أن لمن يكون له دين ثابت ، الحق في أن يقتضي دينه من غريمه غير التاجر في أى وقت شـــاء وأن يتفق معه على طريقة الوفاء ، ســـواء أكان ذلك عينا أم بمقابل ، ولا يؤثر في ذلك علم هذا الدائن لما لغيره من دين ، يل إذا كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيهه إلا الى الحق الذي اتخذ أساس للاتفاق أو الى المحاباة التي قد تقع فيه ، فإن كان المشتري قد تمسك بأن البيع الصـــادر إليه إنما كان تســوية لمعاملات ســابقة بينه وبين البائع مســتندا في ذلك الى عقود مســـجلة وإلى مســـتندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتمحيص لكى تقول كلمتها فيها ، بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره على مدينه دليلا على تواطئه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس فإن حكمها يكون مشـوبا بالقصـور في أسبابه** " (نقض ١٩٤٣/٤/١ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٠)

﴿ المـــادة ٢٤٣ ﴾

" تسـقط دعوى عدم نفاذ التصـرف بانقضــاء ثلاث سـنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٤ سوري ، المادة ٢٤٦ ليبي ، المادة ٢٦٩ عراقي ، المادة ٢٧٨ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٢٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا إحدى مدني التقادم التي حددت بثلاث سنوات فقج كانت سنة واحدة في المشروع التمهيدي ووافقت لجنة المراجعة على النص كما هو ، وأصبح رقمه المادة ٢٥٠ في المشروع النهائي ، ووافق مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اقترح بعض حضرات مستشاري محكمة النقض أن تكون إحدى مدني تقادم الدعوى البوليصية ثلاث سنوات بدلا من سنة واحدة تبدأ من تاريخ علم الدائن بحصول التصرف أو من تاريخ شهره وليس من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذ التصرف ،فرأت اللجنة الأخذ بالاقتراح في شقه الأول وزادت مدة التقادم إلا ثلاث سنوات توخيا للتيسير ، ولم تأخذ بالشق الثاني منه لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ولكن لا يعلم الأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه ، وأصبح رقم النص ٢٤٣ ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص٦٣٠ ، ٦٣٤ ، ٦٣٥)

﴿ الشـــرح ﴾

- سقوط الدعوى البوليصية بالتقادم : لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البوليصية ، لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى التي لم يرد في أمر تقادمها نص خاص ، وكانت المدة تسري من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف (السنهوري ص٩٣٠) أما التقنين المدني الجديد فقد نص صراحة على سقوط الدعوى البوليصية بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فقد نص في المادة ٢٤٣ منه على أنه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه ، ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البوليصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثلاث سنوات والعلة في النص على مدة ثلاث سنوات هى أن الدعوى البوليصية كدعوى الإبطال تجعل مصير التصرف مهدداً فلم ير المشرع أن يترك الأمر الى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها ، وتسري مدة الثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه ، فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدئن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضا بإعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك ، وفقا للقواعد التي سبق ذكرها ، وعلى ذلك فإن لم يتحقق علم الدائن بالغش الصادر من الأخير إلا بعد انقضاء خمس سنوات على صدور التصرف ، فلاي بدأ سريان التقادم الثلاثي إلا ابتداء من هذا الوقت ، فيجب لسريان التقادم الثلاثي أن تلتقي شروط الدعوى البوليصية بعلم الدائن ويبدأ التقادم من الوقت الذي يتحقق فيه هذا الالتقاء ، ويتحمل الدائن عبء إثبات ذلك ، وللمدين والمتصرف إليه إثبات أن الدائن علم بأسباب عدم النفاذ منذ أكثر من ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى ، ويكون إثبات ذلك بكافة الطرق باعتبار العلم واقعة مادية ، ويترتب على عدم سريان تقادم الدعوى البوليصية إلا من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف أنها تسقط بالنسبة لكل دائن على حدة بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذي يلم فيه بالتصرف وبسبب عدم نفاذه في حقه ، فقد يعلم الدائن بالتصرف ولا يعلم أن من شأنه أن يسبب إعسار المدين أو أنه

منطو على غش إن كان معاوضة ، فلا تبدأ مدة ثلاث السنوات إلا من وقت علمه بذلك ، ويترتب على ذلك أن الدعوى قد تتقادم بالنسبة لدائن دون آخر ، فإذا كانت مدة التقادم قد استكملت بالنسبة لأحد الدائنين فرفع دائن آخر الدعوى البوليصية وحكم بعدم نفاذ التصرف ، فإنه يجوز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بالتقادم لاستبعاد الدائن الذي استكملت بالنسبة له مدة ثلاث السنوات من وقت رفع الدعوى من مشاركتهم ف التنفيذ على المال محل التصرف ، كما يجوز ذلك بالأولى للمتصرف إليه ودائنيه (إسماعيل غانم ص١٩٥) كما أنها تسقط في جميع الأحوال ، وبالنسبة لجميع الدائنين ، بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ، ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو بسبب عدم نفاذه إلا في وقت متأخر ، ومعلوم أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به ، إلا أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا (عزمي البكري ص٩٤٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان للدائنين الحق في إقامة دعاوى البطلان المنصوص عليها في المواد ٢٢٧ من قانون التجارة وما بعدها أو استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في المواد ٢٣٧ من القانون المدني وما بعدها بالنسبة لتصرفات المدين المفلس وكان مفاد المادة ٢٤٣ من القانون الأخير أن العلم الذي يبدأ منه سريان التقادم الثلاثي في دعوى عدم نفاذ التصرف هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وأن على من يتمسك بذلك التقادم أن يبين الدليل على قيام هذا العمل وتاريخه حتى تبدأ منه التقادم " (نقض ١٩٩٢/٧/١٣ طعن ١٦٢٢ س٥٢ق) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين الأولى وثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات ، والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يبين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم " (نقض ١٩٧٩/١٢/٦ طعن ٤١٣ س٤٦ق) وبأنه " إذ تنص المادة ٢٤٣ من القانون المدني على أنه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه ، فإن العلم الذي يبدأ سريان التقادم الثلاثي في دعوى عدم نفاذ التصرف هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وبإعسار المدين والغش الواقع منه ، واستظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى الذي تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سائغا ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعتد في سريان بدء التقادم بعلم المطعون عليها الأولى بالطلب المقدن عن الرهن – المطلوب الحكم بعدم نفاذع – الى الشهر العقاري في ١٩٦١/٨/١٢ وباستلام الطاعن – الدائن المرتهن – للعقارين المرهونين في ١٩٦١/١٠/١ وتحويل عقود الإيجار إليه ، وإنما اعتد في هذا الخصوص بعقد الرهن الحيازي المشهر في ١٩٦٥/٣/٢١ واستند الحكم فيما حصله الى اعتبارات سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق . لما كان ذلك ، فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما يجوز قبوله أمام محكمة النقض " (نقض ١٩٧٧/١/١١ طعن ٦٣٦ س٤٢ق) وبأنه " إذ لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى البوليصية بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٢٤٣ من القانون المدني ، فإنه لا يجوز له التحدي بهذا التقادم لأول مرة أم محكمة النقض " (نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ س١٩ ص٤٦٠) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين الأولى وثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات ، والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إلأيه أن يبين

علم الدائنين بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم " (نقض ١٩٧٠/١٢/٦ طعن ٤١٣ ص٤٦ق)

﴿ المــــادة ٢٤٤ ﴾

" إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم .

وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " .

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٥ سوري ، المادة ٢٤٧ ليبي ، المادة ١٤٧ عراقي ، المادة ١٦٠ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٢٤ من المشروع التمهيدي على نحو يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه في التقنين الجديد ، ووافقت عليه لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مطابقا لما استقر عليه ، وأصبح رقمه ٢٥١ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦٣٦ ، ٦٣٨)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" ليست الصورية سببا من أسباب البطلان فالأصل أن يعتد بالعقد المستتر دون الظاهر ، وهذا ما يطابق إرادة المتعاقدين ، ومع ذلك فقد يجهل دائنو المتعاقدين بطريق الصورية وكذلك خلفهما الخاص ، حقيقة الموقف اعتمادا على العقد الظاهر ، وفي هذه الحالة يكون لأولئك وهؤلاء تفريعا على حسن نيتهم أن يتمسكوا بهذا العقد إذا اقتضت مصلحتهم ذلك .**

﴿ الشـــــرح ﴾

- الصـــورية : **ويقصد بالصورية هى التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل ، فهى توجد موقفا ظاهر غير حقيقي يستر موقفا خفيا حقيقيا ، فإن كان ذلك الموقف تعاقدا ، كان العقد الظاهر صوريا والعقد الخفي هو العقد الحقيقي . (عزمي البكري ص٩٤٦)**
- أنواع الصورية : **الصورية إما أن تكون صورية مطلقة أو صورية نسبية .**

(١) الصورية المطلقة : **وهى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له ، مثل ذلك شخص يد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا الى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقدا ظاهرا ، ويكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو (ورقة الضد) وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البوليصية ، ففي ليهما يحاول المدين بعضه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون سلاحا لدائنين يحاربون به غش المدين ، على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن بيعه بيعا صوريا بالنصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية في مجلس نيابي أو مركز العمدية أو نحو ذلك ، أو بيعه بيعا صوريا ما لا يظهر به في مظهر ذوي اليسار حتى يتسنى له الانخراط في جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضي هذا اليسار . (السنهوري ص٩٥٢)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" الصورية المطلقة تتناول وجود التصرف تخفى تصرفا آخر ، ومن شأنها إن صحت أن ينعدم بها وجود العقد في والواقع ، أما الصورية النسبية بطريق التستر فإنها تتناول**

نوع التصرف لا وجوده والدفع بها يستهدف إعمال آثار العقد الحقيقي المستتر دون آثار العقد الصوري ومن ثم فإنهما تختلفان أساسا وحكما " (نقض ٢٠٠٢/٥/٢٨ طعن س٦٣ق) وبأنه " الصورية المطلقة هى تلك التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة أما الصورية النسبية فهى التي لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين " (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٢٧٧ س٤٩ق) وبأنه " التمسك بصورية العقد مقصوده اعتباره بألا أثر له ، جواز ذلك التمسك لكل ذي مصلحة ولو لم يكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية " (الطعن رقم ٦٨٥٤ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/٥/١٢ ، مجموعة عمر الجزء الثالث ص٢٠٦ جلسة ١٩٣٧/١٢/٩) وبأنه " الصورية في العقد هى اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقة للطرفين ، والدفع بالغلط يعني صدور التصرف عن إرادة معيبة والدفع بالصورية وحدها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يحمل معنى الإقرار بصدور العقد عن إرادة صحيحة فلا يقبل بعده التمسك – بأنه أبرم تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة " (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢) وبأنه " الصورية المطلقة هى التي تتناول وجود العقد ذاته وتعني عدم قيام العقد أصلا في نية عاقديه أما الصورية النسبية فهى التي لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوعه أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين أو التاريخ الذي أعطى له بقصد التحايل على القانون بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساسا وحكما " (الطعن رقم ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

(٢) الصورية النسبية : وهى التي تصور عقدا ظاهرا يستر عقدا خفيا مغايرا له في بعض نواحيه ، سواء أكانت المغايرة في نوع العقد كما لو استترت الهبة في صورة عقد بيع وتكون الصورية حينئذ صورية بطريقة التستر ، وتسمة الهبة هبة مستترة أم كانت المغايرة في أحد أركان العقد أو شروطه كما لو ذكر في عقد البيع ثمن أكثر أو أقل من الثمن الحقيق للتخلص من الشفهة أو للتخفف من رسوم التسجيل ، أم كانت في أحد طرفى العقد كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه كان في الحقيقة لحساب شخص آخر فيكون اسم الشخص الظاهر في العقد اسما مستعارا . (عزمي البكري ص٩٤٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كانت الصورية المطلقة ترد على كيان العقد فتصور أن عقدا قد نشأ في حين أن هذا العقد لا وجود له في الحقيقة ، فإن الصورية النسبية ترد على نوع العقد أو على ركن أو على شرط فيه أو على أحد المتعاقدين ، فالعقد في الصورية النسبية موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه إخفاء المتعاقدان واجلا محله حكما صوريا " (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٢٧٧ س٤٦ق) وبأنه " من المقرر أن الطعن بأن العقد الظاهر يستر عقدا آخر هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يقع على من يدعيها عبء إثباتها فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه " (الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٤)

- صور الصورية النسبية : تتخذ الصورية النسبية إحدى الصور الآتية :

(١) الصورية بطريق التستر : وتتناول نوع العقد لا وجود ، وذلك كهبة فيصورة بيع العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي ، ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي ، وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف ، كأن يكتب شخص صكا على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية . (السنهوري ص٩٥٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد الى ولده الصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من أقوال الشهود إثباتا ونفيا – بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها – أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت الى القول بأن العقد عقد تمليك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة البائع ، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعا حقيقيا أو بيعا يستر هبة ، وأنه حتى مع التسليم

أن ثمنا لم يدفع فإنه لا مانع قانونا من إفراغ الهبة المنجزة في صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة " (نقض مدني ١٩٥١/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص٢٥٦) وبأنه " تحرير عقد إيجار صوري باعتبار المكان أجر مفروشا حال أنه أجر خاليا ، أثره جاز جواز طعن المستأجر عليه بالصورية النسبية بالنسبة للأجرة والمنقولات والمدة ، مؤداه . الدعوى بطلب بطلان عقد الإيجار أو مدته تأسيسا على أن المكان أجر خاليا لا مفروشا . اعتبارها في حقيقتها دعوى تقرير صورية العقد صورة نسبية بطريق التستر لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له " (جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٣ الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٧ق ، جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة المكتب الفني س٢٤ ع١ ص٥٧٧ ، جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ مجموعة المكتب الفني س٣٠ ع١ ص٤٥٠)

(٢) الصورية بطريق المضادة : والصورية هنا لا تتنازل وجود العقد أو نوعه بل ترد فقط على ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، مثال ذلك أن يذكر في العقد سبب آخر غير السبب الحقيق وهو ما يسمى بصورية السبب .

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني أنه إذا ذكر في سند الدين أن قيمته دفعت نقا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض ، فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا" (نقض ١٩٧١/٦/٢٤ طعن ٢٧ س٣٧ق) وبأنه " مؤدى نص المادتين ١٣٦ و١٣٧ من القانون المدني أن المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيق الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله ، وأن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقيم الدليل القانوني على هذه الصورية " (نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ طعن ١٠١ س٣٦ق) وبأنه " إذا كان سبب الالتزام ثابتا بالكتابة فإنه لا يجوز للمتعاقدين إثبات صوريته إلا بالكتابة إلا أن المشرع قد أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الإثبات " (نقض ١٩٦٦/٥/٥ طعن ٣٣٨ س٣٢ق ، نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ طعن ٨٦ س٢٦ق) وبأنه " ليس للمدين في حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل في وجه المحتال على صورية السبب الظاهر في ورقة الدين متى كان المحتال يجهل المعاملة السابقة التي أخفى سببها عليه وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقي وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحتال للسبب الحقيق وقت احتياله بالدين لأن إخفاء السبب الحقيقي تحت ستار السبب المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحتال " (نقض ١٩٣٥/٤/١١ طعن ٧٢ س٤ق) وبأنه " عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به . فإذا كانت سندات الدين مذكورا فيها أن قيمتها دفعت نقدا ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعيه الدين الى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه عليها وتبرعه لها فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا في نفى وجود قرض حقيقي " (نقض ١٩٣٢/١١/٣ طعن ٣٣ س٢ق)

ومن أمثلة الصورية بطريق المضادة أيضا أن يذكر في عقد البيع ثمنا أقل من الثمن الحقيق تهربا من دفع رسوم التسجيل كاملة أو أن يذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيق توقيا للأخذ بالشفعة كذلك تقديم تاريخ التصرف أو تأخيره وهو ما يسمى بالصورية النسبية لتاريخ العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان البين أن الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بصورية عقد البيع الصادر من المطعون ضده الثاني للمطعون ضده الأول صورية مطلقة كما دفع ببطلانه لمخالفته لأحكام الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ وأحكام قانوني إيجار الأماكن رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بإعطائه تاريخا صوريا ليكون سابقا على عقده وكان طعنه بالصورية المطلقة على هذا العقد إنما ينصب على عدم وجوده أصلا في نية عاقديه بينما دفعه ببطلانه

لصورية تاريخه إنما ينصب على التاريخ وحده ولا يتعداه الى العقد ذاته إلا أن الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه على ما ساقه الطاعن من قرائن تتعلق بطعنه بالصورية المطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للإضرار بحقوقه وانتهى الى أن هذه القرائن لا تصلح دليلا على تلك الصورية أو التواطؤ وأغفل الرد على دفعه بالصورية النسبية على هذا العقد بإرجاع تاريخه ليكون سابقا على عقده بما يبطله طبقا لأحكام الأمر العسكري وقانونى إيجار الأماكن سالفى الذكر رغم أن الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساسا وحكما " (نقض ١٩٩٤/١١/٢٣ طعن ٢٢٣٦ س٥٩ق) وبأنه " إذا كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل – ولو لم يكن لها تاريخ ثابت – إذ أنه لا يعتبر غيرا لأنه كان ممثلا في التصرف الذي أبرمه وكيله لحسابه إلا أنه إذا ادعى الأصيل عدم صحة التاريخ المدون بالورقة وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذي أجراه الوكيل حرر في وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن " (نقض ١٩٩١/١٠/١٥ طعن ٣٤٣ س٦٠ق) وبأنه " إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم الى أن يثبوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلا منهم الى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت " (نقض ١٩٧٧/١٢/٦ س٢٨ ص١٧٤٢) وبأنه " تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء عنه البائع هو تحايل على القانون يجوز إثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن ، وحكم الورثة في هذا الخصوص هو حكم مورثهم ، وإذ كان يبين من الاطلاع على المذكرة التي قدمها الطاعنان أمام محكمة الاستئناف ، أنهما تمسكا بدفاع أصلي يقوم على أن عقد البيع موضوع النزاع لم يصدر من مورثهما في ١٩٤٧/١٠/١٠ كما أثبته به ، وإنما صدر في تاريخ لاحق بعد إصابته بالعته وإدخاله المستشفى ، وأن المقصود بتقديم تاريخ العقد هو تفادي أثر الحجز على المورث ، واستدلا على ذلك بعدة قرائن ، ثم انتهيا الى طلب إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات دفاعهما إذا لم تكتف المحكمة بالقرائن المقدمة منهما ، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان ، ولم يشر إليه مع أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب " (نقض ١٩٧١/٦/٢٢ طعن ٤٦٥ س٣٦ق) وبأنه " لما كان لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير الدليل من كافة الأوراق المقدمة في الدعوى بحيث يكون لها أن تقضي في موضوعها بما تراه حقا وعدلا ، فإنه لا تثريب عليها إن هى استعانت في شأن التدليل على صورية عقد البيع موضوع الدعوى بأقوال الشهود في التحقيق الذي أجرته في شأن تقدير تاريخ هذا العقد للإضرار بالمطعون ضدها الأولى الدائنة للبائع وذلك على تقدير أن ما حصله الحكم من أقوال هؤلاء الشهود يعتبر قرينة تساند الأدلة الأخرى التي ساقها " (نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ طعن ٣٧٥ س٣٩ق) وبأنه " صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه الى العقد ذاته . فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ نسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها في الدعوى " (نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ١٩٠ س٣٢ق) وبأنه " متى كانت المحكمة – بناء على الأسباب التي أوردتها – قد رأت فيما قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع ادعاه غير جدي ، فإنه يكون غير منتج الطعن بصورية تاريخ عقد البيع وطلب تحقيق هذه الصورية ، وكذلك النعى بالخطأ في الإسناد على قول المحكمة بأن التاريخ المذكور غير متنازع فيه ، ذلك أن المقصود بصورية التاريخ في هذا المقام أن يوضع على العقد تاريخ غير صحيح سابقا على تاريخه الحقيق لإخفاء أنه حرر في مرض الموت ، وهو ما رأت المحكمة عدم جدية الادعاء به " (نقض ١٩٥٢/١١/٢٧ طعن ٢٦٨ س٢٠ق)

(٣) الصورية بطريق التسخير : وهى تتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصا مسخرا (personne interpose) تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها الى الموهوب له ،

فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (السنهوري ص٩٥٣) وهى في هذا تختلف عما يسمى التعاقد بطريق التسخير أو باسم مستعار ، فالتعاقد بطريق التسخير هو حالة من حالات النيابة ولكنها نيابة غير معلنة ، هى نيابة خفية ، فالشخص المستعار هو وكيل أو نائب ، ولكنه لا يفصح عن نيابته للغير الذي يتعاقد معه فالمفروض في النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ، فهو يكشف عن نيابته للمتعاقد معه ، ويكون أثر النيابة انصراف آثار العقد إيجابا وسلبا الى الأصيل لا الى النائب ، فيكتسب الأصيل مباشرة ما ينشأ له من العقد من حقوق ويتحمل ما ينشأ عنه من التزامات ، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين من تعاقد معه النائب – وهو نائب عمن يخره ، لا يكشف عن نيابته ، ولذلك فهو يتعاقد مع الغير باسمه ، ويصبح هو مسئولا شخصيا عن تنفيذ العقد ، ويكتسب الحقوق الناشئة عنه ، فإليه تنصرف آثار التصرف جميعها ، ثم يقوم بعد ذلك بنقل آثار التصرف الذي عقده الى الشخص الذي سخره أى الى الأصيل ، وهكذا يبدو أن المسخر يعقد عقودا ثلاثة كلها حقيقية لا صورية ، الأول : هو عقد الوكالة بينه وبين الأصيل الذي سخره ، والثاني : هو العقد الذي يعقده مع الغير الذي لا يعلم بالتسخير ، والثالث : هو عقد يعقده مع الأصيل ينقل به إليه آثار التصرف الذي عقده لحسابه مع الغير . (عبد المنعم البدراوي ص١٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية النسبية بطريق التسخير ترد على أطراف العقد دون موضوعه بحيث يقتصر العقد المستتر على بيان أطراف العقد الحقيقين فإن القضاء بهذه الصورية لا يحول دون بحث موضوع العقد لبيان مدى صحته أو بطلانه وبالتالي فإن قضاء الحكم المطعون فيه بصورية عقد البيع صورية نسبية بطريق التسخير وبأن المطعون ضده الرابع – دون الطاعنة – هو المشتري الحقيقي في هذا العقد لا يتعارض مع قضائه من بعده ببطلان هذا العقد لمخالفة البيع للحظر المقرر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨٦" (نقض ١٩٩٣/١٢/٢٣ طعن ٢٤٧٩ س٥٩ق) وبأنه " ويسري ذلك كلما ثبت الحظر بالنسبة للأصيل أو تبين عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون لإبرامه التصرف كمن يسخر زوجته لشراء وحدة سكنية من المحافظة رغم عدم توافر الشروط بالنسبة له ، والتسخير غير قاصر على التصرفات القانونية وحدها بل يجوز في الخصومة والإجراءات القضائية أيضا إلا إذا قصد به التحايل على القانون فيكون غير مشروع " (نقض ١٩٨٧/١/٢١ طعن ٢٢٠٩ س٥٢ق) وبأنه " متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة وباعتباره محالا بسند الدين موضوع النزاع ممن صدر له هذا السند ثم رفع الاستئناف باسمه أيضا عن الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعواع ، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه أيضا في الحكم الاستئنافي ، فإن طعنه يكون جائزا – ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح في مذكرته الشارحة بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل أو أن تكون الحوالة قد ارتدت الى المحيل باتفاق لاحق أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن ، لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريرا لأمر مشروع في ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمه في الطعن استمرارا للخصومة التي تولاها باسمه أيضا في مراحلها السابقة ، وليس في القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف ، لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما " (نقض ١٩٥٧/٤/١١ س٨ ص٤٠٤) وبأنه " عقد الوكالة بالتسخير يقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا ، ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير الى الوكيل المسخر فيكون هو المدين بها للغير ، أما في علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة تطبيقا لقواعد الصورية التي تستلزم إعمال العقد الحقيقي في العلاقة بينهما ومن ثم فإن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر بنقل الملكية مباشرة من الغير الى الموكل المستتر في العلاقة بين الوكيل والموكل ، وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة في الإثبات " (نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ طعن ٥٩٨ ، ٦٥٥ س٥٠ق) وبأنه " النص في المادة ٧١٣ ، والمادة ١٠٦ من القانون المدني يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا

ولكن بصفته أصيلا ، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم الى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر " (نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ طعن ٤٥٨ س٤٠ق) وبأنه " إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بتثبيت ملكية المطعون ضده الأول للعقار محل النزاع محمولا في أسبابه على مجرد القول بثبوت الوكالة المستترة للزوجة الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وأن في ذلك ما يكفي لاعتبار الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى إجراء ما إذ لا يحاج لكي يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه الى تصرف جديد من الوكيل بنقل به الملكية ، وكان هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه في هذا الخصوص لا ينطبق على واقع الدعوى إذ هو يصدق على حالة ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهى وإن انتقلت الى الوكيل في الظاهر إلا أن انتقالها في الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم أن عقد البيع الذي تعلق بعقار لم يسجل بعد فلا تكون ملكية المبيع قد انتقلت الى الزوجة الطاعنة التي أبرمته بطريق الوكالة المستترة بل هى لا تزال باقية على ذمة الشركة المطعون ضدها الثانية بائعة العقار ويكون ما انصرف الى الأصيل المطعون ضده الأول هى الحقوق الشخصية وليدة عقد البيع الذي لم يسجل ، وهذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه أيضا تملك المطعون ضده الأول لما أقامه على الأرض المبيعة من مبان ذلك أن حق القرار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل . أما قبل تسجيل سند المشتري الباني فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق نظير تعويض المشتري عنها تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها في المادة ٩٢٥ من القانون المدني . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت ملكية المطعون ضده الأول رغم عدم توافر السبب القانوني المؤدى الى التملك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ طعن ٦٤٨ س٤٩ق) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علاقته بالموكل شيئا ، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل ، وينبني على ذلك أن الوكيل المستتر في الشراء لا يكتسب شيئا من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذي عقده بل تنصرف هذه الحقوق الى الأصيل ، أما في علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر على ما تقضي به المادة ١٠٦ من القانون المدني أن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا إلا في حالتين هما : إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يعامل مع الأصيل أو النائب " (نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ طعن ٦٤٨ س٤٩ق) وبأنه " مفاد نصوص المادتين ١٠٦ ، ٧١٦ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه أعاره اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقود ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم الى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا سخر الوكيل الغير بقصد الإضرار بحقوق الموكل فإن التسخير يكون باطلا ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذي باشره المسخر باسمه الشخصي تنفيذا لعقد الوكالة " (نقض ١٩٧٧/١٢/٢٧ طعن ٣٤٦ س٤١ق ، ونقض ١٩٧٦/١٠/١٩ س٢٧ ص١٤٦٧) وبأنه " متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرا اسمه للطاعن في عقد البيع وتم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتباره أنه هو البائع الحقيقي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم القاضي بفسخ هذا العقد حجة على – وإن لم يكن مختصما في

دعوى الفسخ – فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل " (نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ طعن ٤٥٨ س٤٠ق)

- نطاق الصورية : أكثر ما تكون الصورية في العقود ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجها الى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا . فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة ، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صوريا إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانوني كل هذا يبقى قائما بالرغم من التصرف الصوري . أما إذا كان النتصرف غير موجه الى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه الى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافا بين الإرادة الظاهر والإرادة الحقيقية قريبا من التحفظ ، وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضا أن تكون في الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لم يظهر أن المزاد قد رسا عليه " (السنهوري ص٩٥٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية كما ترد في العقد ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التي انتهت الى إيقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثاني بقصد الإضرار بالمطعون عليه الأول ، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي اقتنعت بها محكمة الموضوع ، ولا يكون قد خالف القانون إذا أعمل الأثر القانوني المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم رسو المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد " (الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ق س٢٩ ص٢١٩ جلسة ١٩٧٨/١/١٧) وبأنه " الصورية ، كما ترد على العقود ، ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم لإيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه " (نقض ١٩٨٠/٦/٢٨ طعن ٨٢٩ س٤٣ق ، نقض ١٩٤٢/١٢/١١ طعن ٢٤ ، ٢٦ س١١ق) وبأنه " الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه " (الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/١١/٦)

ولكن لا تجوز الصورية في الزواج أو الطلاق أو العتاق باعتبارها من الأحكام الشرعية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "ثلاث جدهم جد وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق" ، وقوله عليه السلام "أن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه" .

- صورية التفاسخ : قد يكون التفاسخ الذي يبرم بين المتعاقدين كالبائع والمشتري صوري ، وهنا يجوز إثبات هذه الصورية ، ويضحى العقد الذي أبرمه المتعاقدان قائماً بينهما .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان البائع للبائع قد قرر أنه بعد أن باع له القدر المذكور عاد فرد إليه الثمن ، وحصل منه على إقرار بإلغاء البيع ، فإن هذا التفاسخ وأن كان يمكن أن يعتبر عائقا دون تنفيذ العقد الصادر منه ، إلا أنه إذا كان المشتري الأخير قد تمسك لدى المحكمة بصورية هذا التفاسخ لاصطناعه بعد رفع دعواه للإضرار به ، فإنه يكون واجبا على المحكمة أن تتحدث عن هذه الصورية بما يكشف عن حقيقة الأمر وإلا كان حكمها قاصر الأسباب ، ولا يعد رداً على الدفع بصورية تعاقد ما ، قول المحكمة أن أحد طرفيه قد أقر بصحته " (نقض ١٩٤٤/٤/٦ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٤) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصورية الفسخ – عن عقد البيع الأول – الذي تضمنه عقد الصلح المبرم بين طرفى هذا العقد ، بعد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صحته

وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقديه ، فإنه يكون بذلك قد قضى ضمنا بصحة ذلك العقد الذي رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثاني " (نقض ١٩٧١/٣/١٨ س٢٢ ص٣٤٧)

- صورية التجديد : استخلاص تتوافر نية التجديد من عدمها تختص به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى – توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين وأن الادعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل وركن الحكم في ذلك كله الى عدة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدي في مجموعها الى النتيجة التي انتهى إليها فإنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله " (نقض ١٩٦٢/١٢/١٥ طعن ٥٣٧ س٢٦ق)

- صورية أوراق المجاملة : إذا قام شخص بإعطاء شيك أو كمبيالة لشخص ليظهر أمام الغير بوجود أموال لديه ، فتكون الورقة صورية لا وجود لها فيما بين الساحب والمستفيد ، لكن إذا قام المستفيد بتظهيرها وسلمها للغير ، فإن هذا الغير لا يحاج بالصورية إلا إذا كان على علم بعل ويتحمل الساحب إثبات ذلك بكافة الطرق ، ولكن إذا أعطيت الورقة ضمانا من الساحب لدين في ذمة المضمون ، انتفت عنها الصورية وكان الساحب مسئولا عن الوفاء بالدين للمستفيد من الورقة ويكون له بعد ذلك الرجوع على المدين المضمون وله إدخاله في الدعوى ليقضي عليه بما عسى أن يقضي به في الدعوى الأصلية . (أنور طلبة ص٤٧٤)

- شروط تحقق الصورية : يتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية : "(١) أن يوجد عقدان – أو موقفان – اتحد فيهما الطرفان والموضوع . (٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط ، (٣) أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معا في وقت واحد" . ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفي المعاصرة الذهنية ، أى المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر ، وإن صدر التصرف الظاهر ، وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه وفقا للمادة ٣٩٩ من القانون المدني يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه في حقيقة الأمر يستر رهنا حيازيا ، وإذن فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالي أربعة سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون ساترا لرهن حيازي فإنه لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفي في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما " (الطعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥) وبأنه " إذ استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده الخبير في تقريره أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار – بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها – أن العقد وإن كان في ظاهره بيعا إلا أن طرفيه إنما قصدا به في الحقيقة لا منذ البداية الى أن يكون ساترا لرهن حيازي فإن الحكم لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما " (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٤/٩)

- ووجود المعاصرة الذهنية من عدمه ، مسألة متروكة لتقدير القاضي ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأن تراد أو تفاسخ ، هو في حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول " (نقض مدني ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص٤٨)

- التمييز بين الصورية وبعض الحالات المشابهة لها :

(١) التمييز بين الصورية والتدليس : **تتميز الصورية عن التجليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا ، فليس بغض أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معا غش الغير أو إخفاء أمر معين . أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر .**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ، ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به " (نقض مدني ١٩٣٩/٥/١١ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص٥٥٣) وبأنه " وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع ، ولكن المشتري أعطى البائع (ورقة ضد) بتوقيع مزور ، تدليسا منه على البائع " (نقض مدني ١٩٣٧/١١/١٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص١٩٩)**

(٢) التمييز بين الصورية والتزوير : **تختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته . (السنهوري ص٩٥٥)**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **تختلف الصورية عن التزوير لأن كلا المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته " (الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ ، الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١٣٣٧ جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)**

(٣) التمييز بين الصورية والتحفظ الذهني : **تختلف الصورية أيضا عن التحفظ الذهني (reserve mentale) في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين – دون أن يتفق في ذلك مع الآخر – بإظهار إرادة وإبطال إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فإرادته الظاهر غير جدية إذ تحفظ ذهنيا بإرادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين . (السنهوري ص٩٥٦)**

- دعوى الصورية : **دعوى الصورية هى الدعوى التي رفعها المدعى باسمه كلا يعلن بها صورية تصرف معين في جملته أو في ناحية معينة فيه ، وهى وإن كانت تدفع الغش في بعض الصور إلا أن مسألة الغش ليس هى محور الصورية ، فالذي يرمى إليه مدعى الصورية هو الوصول إثبات أن المال مازال موجودا في ذمة المتصرف أو أن ما اتفق عليه لا يطابق الحقيقة في كنهه أو في مقداره ، ولا يمهمه الدافع الذي من أجله وقعت الصورية ، وإذا كان الغش يقع في الكثير من حالات الصورية فإنه لا يكون سوى دليل عليها ، وليس شرطا لاستعمال الدعوى . (عبد المنعم الصدة ص٧٥ ، عزمي البكري ص٩٥٦)**
- الخصوم في دعوى الصورية : **ويتحدد الخصوم في الدعوى بكل من له مصلحة في التمسك بالعقد الحقيق وبكل من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري ، وقد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفى العقد الصوري على الطرف الآخر في العقد بالصورية ، وفي هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى ، كخلف المشتري الظاهر إذا كان سيء النية ، وقد يكون الطعن بالصورية في صورة دفع الدعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز إبداء هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة في ذلك ، ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفى الصورية خصما في الدعوى ، وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إصبات الصورية إلا بالطرق التي يستطيع بها المدين إثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التي كان يتمسك بها قبل المدين . (السنهوري ص٩٨٠)**

وقد قضت محكمة النقض بأن " **القانون لا يوجب في دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر في دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر**

المترتب على ذلك ينحصر في أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه " (الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١١٣٥ جلسة ١٩٧٧/٥/٤) وبأنه " لا يوجب القانون في دعوى الصورية – المرفوعة من المشتري الثاني ضد المشتري الأول وهو أحد ورثة البائع – اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر في الدعوى حجة عليهم دون أن يؤدي ذلك الى بطلان الحكم . لما كان ذلك ، فإنه لا يقبل من الطاعن – المشتري الأول – التحدي بعدم اختصام ورثة البائع " (نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ س٢٤ ص٩٦٧ ، نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ طعن ٣٦٨ س٤٥ق)

- المصلحة في دعوى الصورية : لما كانت دعوى الصورية تخضع لسائر الأحكام التي تخضع لها الدعاوى عموما لذلك فإنه يشترط لقبولها أن يكون من شأنها تحقيق مصلحة للمدعى أو لمن يتمسك بالصورية ، فإن تبين للمحكمة انتفاء هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى أو بقبول الدفع المبدي ولو من تلقاء نفسها ، عملا بالمادة الثالثة من قانون المرافعات . (أنور طلبة ص٥٥٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد ، وإذن فإذا كان المدعى عليه في دعوى الصورية قد وجه هو الآخر مطاعن الى العقد الذي يتمسك به المدعى فإنه يكون لزاما على المحكمة أن تنظر هذه المطاعن وتبحثها لكى تثبت من وجود مصلحة للمدعى ، ولا يصح منها أن تقبل الطعن بالصورية قضية مسلمة مع غض النظر عن قيمة عقده " (الطعن رقم ٥٣ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢٦) وبأنه " الطعن بصورية عقد – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة ، وإذا كان المطعون ضدهما الأول والثاني إذ طعنا في العقد الصادر من المطعون ضده الرابع الى الطاعن بالصورية إنما يرميان الى إهدار هذا العقد في حدود القدر الذي اشترياه والبالغ مساحته ٦ ط شيوعا في ١٦ س ، ٨ ط تدخل ضمن أطيان عقد البيع المسجل سند الطاعن ، فإنه لا يصح إهدار حق الأخير إلا بالنسبة لهذا القدر فقط ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى إهدار حق الطاعن فيما جاوز هذا القدر وقضى بشطب تسجيل العقد بالنسبة لجملة المساحة الواردة عليها يكون قد خالف القانون " (نقض ١٩٩١/١٢/١٩ طعن ٢٦٥ س٥٦ق) وبأنه " الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة وفي حدود هذه المصلحة ، وكان المطعون ضدهم إذ طعنوا بالصورية على العقد الصادر من الطاعن الأول الى الطاعنة الثانية إنما يرمون الى إهدار هذا العقد في خصوص القدر الذي اشتروه من نفس البائع الطاعن الأول البالغ مساحته ١٢ط ، ١ف بموجب العقدين المؤرخين ١٩٦٣/٥/٣١ ، ١٩٦٩/٨/٩ وذلك ابتغاء إزالة العائق الذي يحول دون تحقق أثر هذين العقدين ، فإنه لا يصلح إهدار حق الطاعنين إلا بالنسبة لهذا القدر فقط ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى رفض دعوى الطاعنين فيما زاد عن هذا القدر الذي اشتراه المطعون ضدهم قد خالف القانون مما يوجب نقضه فذ هذا الخصوص " (نقض ١٩٨٦/١٠/٣٠ طعن ١٧٦٧ س٥١ق ، نقض ١٩٨٤/٦/٧ طعن ١٤٤٧ س٥٠ق) وبأنه " دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه " (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ طعن ١٣٥ س٤٦ق) وبأنه " إن المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر فيها صريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين : الأول : الاحتياط لدفع ضرر محدق ، الثاني : الاستيثاق لحق يخش زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم الصادر بسقوط حقهما في أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعى بصورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين في الدعوى المبتدأة المرفوعة منهما بطلب صورية هذا العقد – فإن المصلحة المحتكلة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة – رغم الطعن بالنقض في الحكم بسقوط الشفعة " (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ طعن ١٣٥ س٤٩ق ، نقض ١٩٧٤/١/٢٢ طعن ٣٦٩ س٣٨ق ، نقض ١٩٦٢/٢/٨ طعن ٣٤٥ س٢٦ق)

كما قضت أيضاً بأن " إن الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة ، فإذا كان المشتري الثاني قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع الى المشتري الأول – عن أطيان من بينها الأطيان المباعة للمشتري الثاني – قاصدا إهدار هذا العقد في خصوص القدر الذي اشتراه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشتري الأول فيما زاد عن هذا القدر الذي اشتراه المشتري الثاني استنادا الى صورية العقد ، يكون قد خالف القانون في هذا الخصوص " (نقض ١٩٦٢/٢/٨ طعن ٣٤٥ س٢٦ق) وبأنه " لما كان مناط التدخل في الدعوى والطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه ، وكانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المطعون عليه بالصورية النسبية أقامها المطعون ضده على والدته البائعة حال حياتها – أى في وقت لم يكن قد ثبتت فيه للطاعن صفته كوارث ولم تتوافر لديه المصلحة القانونية التي تجيز له طلب التدخل في تلك الدعوى للطعن في هذا العقد بالصورية – فإن الحكم المطعون فيه إذ استخلص من عدم تدخل الطاعن في تلك الدعوى دليلا على جدية طعنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال " (نقض ١٩٧٨/٦/١٢ طعن ٧٥٦ س٤٥ق)

- لا يكفي توافر المصلحة النظرية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا من له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم به بطلبه " (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥) وبأنه " المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين الأول الاحتياط لدفع ضرر محدث ، و (الثاني) الاستيثاق لحق بخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم الصادر بسقوط حقهما في أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعب صورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين في الدعوى المبتدأة المرفوعة منها بطلب صورية هذا العقد – فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة – رغم الطعن بالنقض في الحكم بسقوط الشفعة " (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)
- الطعن الصورية يجب أن يكون صريحاً ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان اثلابت بصحيفة الاستئناف أن المستأنف مع وصفه العقد الذي هو محل النزاع بأنه عقد صوري قد قرن هذا الوصف بقوله إن المادة التي يتمسك بها في طلب إبطاله هى المادة ١٤٣ من القانون المدني بناء على أنه إنما صدر من مدينته الى ابنتها بقصد الإضرار به ، وكان هذا هو دفاعه الذي أدلى به الى محكمة الدرجة الأولى فردت عليه بأن نية الإضرار به غير مقصودة لأن مدينته إذ باعت منزلها لابنتها شرطت عليها أن تدفع له دينه ، فإنه لا لوم على محكمة الاستئناف إذا ما أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى آخذة بأسبابه ومكتفية بها دون بحث في صورية العقد ، بل اللوم على المستأنف نفسه الذي لم يخرج قوله بالصورية مخرج الدفع الصريح الواضح الذي يتحتم على المحكمة أن ترد عليه " (الطعن رقم ٦٨ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥) وبأنه " الطاعن على العقود بالصورية الذي يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا في هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما لأن الصورية تعني عدم قيام العقد أصلا في نية عاقديه أما التواطؤ بين المتعاقدين فإنه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما إحداث آثار قانونية له " (الطعن رقم ٩١ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٤/٣) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذي يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم أن يكون صريحا في هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعني عدم قيام المحرر أصلا في نية عاقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له ، ولما كان الواقع في الدعوى أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه الثاني أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التي

جعلت منها سندها في مدعاها أجريت بمعرقة المالك – المطعون عليه الأول – وساقت على ذلك في مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تتم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثاني ، بدليل تحرير العقد في مقر الشرطة وتأخر المستأجر في استلام الشقة من شاغلها وقتذاك ، وكان هذا لا يعني التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد ، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عن هذا الدفاع " (الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

- تصدي المحكمة من تلقاء نفسها للصورية : لمحكمة الموضوع الحق دائما في بحث ما يقدم إليها من مستندات دون حاجة الى إثارة دفوع بشأنها من الخصوم ، فحتى تتمكن المحكمة من أن تقول كلمتها في مستندات الدعوى يجب أن تكون هذه المستندات محل تمحيص المحكمة من تلقاء نفسها لتقرر ما إذا كانت جدية أو صورية وهى بذلك لا تخالف قواعد الإثبات . (أنور طلبة ص٥١٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " أن بحث صورية الورقة التي تقدم في الدعوى هو مما تختص به محكمة الموضوع ، فلها بموجب هذه السلطة أن تعرض لها وتستنتج جديتها أو صوريتها من قرائن الدعوى دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاص محكمة الموضوع سائغا " (نقض ١٩٦٩/٦/١٧ س٢٠ ص٩٧٩) وبأنه " لمحكمة الموضوع الحق دائما في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازما للفصل فيها فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصا سليما " (نقض ١٩٤٤/٥/٢٥ طعن ١١٨ س١٣ق)

- أحكام الصورية :

أولاً : أحكام الصورية بالنسبة للغير : المقصود بالغير : المقصود بالغير في الصورية دائنو المتعاقدين والخلف الخاص لهما ، وكذلك كل شخص آخر لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما له ، تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من التصرف الصوري . (عبد المنعم الصدة ٧٨ ، عبد المنعم البدراوي ص١٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الغير بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدني هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصوري ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول الى أن الطاعنة كانت أحد طرفى الإجراءات التي تمت بالتواطؤ بينهما وبين المطعون عليه الثاني والتي انتهت الى إيقاع البيع عليها إضرارا بالمطعون عليها الأولى ، فإن الطاعنة بذلك لا تعتبر من طبقة الغير في معنى المادة ٢٤٤ مدني " (الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/١٧) وبأنه " مؤدى نص الفقرة الأولى ٢٤٤ من القانون المدني أنه إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، فيجوز للخلف الخاص ولدائني المتعاقدين ومنهم المشتري بعقد غير مسجل أن يتمسك – متى كان حسن النية وقت التعاقد بالعقد الصوري المبرم بين مدينهما دون العقد الحقيق وذلك حماية لحسن النية الذي لازم التصرف وهو الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات " (الطعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨) وبأنه " للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هوب صحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة ، إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده " (الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧) وبأنه " مشتري العقار بعقد غير مسجل يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الغير بالنسبة لعقد البيع الآخر الصادر من البائع له عن ذات المبيع وله باعتباره خلفا خاصا أن يتمسك بصورية هذا العقد صورية مطلقة وأن يثبت هذه الصورية بطرق الإثبات كافة وفقا لصريح المادة ٢٤٤ من القانون المدني " (الطعن رقم ٢١٤٦ لسنة ٥٥ق جلسة

١٩٩٠/٢/٧) وبأنه " الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين – المشترين – وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر – البائعين – فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد ، بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن ، أخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية ، لا تصرف قانونيا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة في صورة عقد بيع " (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

- يعتبر أمين التفليسة من طبقة الغير في أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التي تصدر من المفلس : فإذا حكم بإشهار إفلاس المدين التاجر فإن أمين التفليسة يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التي تصدر بعد تاريخ توقفه عن الدفع منسوبة الى أشخاص آخرين سواء كانت من أعمال الإدارة كما إذا استأجر المدين شقة أو محلا إلا أنه حرر العقد على خلاف الحقيقة باسم زوجته كان لأمين التفليسة أن يثبت صورية التصرف بطرق الإثبات كافة ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال أو كانت من أعمال التصرف كما إذا باع شيئا من أملاكه بعقد بيع صوري ناسبا صدوره الى زوجته فإن أمين التفليسة يجوز له إثبات صورية العقد وأن المدين هو البائع الحقيقي وأنه اختفى وراء زوجته . (الدناصوري والشواربي ص١٩٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان المطعون عليه (وكيل الدائنين في تفليسة المدين) يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لعقد الإيجار الصادر عن الجراج باسم زوجة المدين المفلس ولا يتقيد في إثبات حقيقة العقد بعباراته ونصوصه فإن الحكم المطعون فيه إذ استند الى الأدلة والقرائن التي ساقها في إثبات أن المدين هو المستأجر الحقيقي في هذا العقد إنما يكون قد استظهر الحقيقة من الظروف التي أحاطت تنفيذ العقد ولا يكون قد مسخه أو خرج عن قواعد التفسير " (الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

- تمسك الغير بالعقد المستتر : حددت المادة ٢٤٤ من التقنين المدني الغير في الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وقضت بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر ، والأصل هو أن العقد المستتر – وهو العقد الذي له وجود حقيقي والدة إرادة المتعاقدين – هو الذي يسري ، حتى بالنسبة الى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسري ، حتى بالنسبة الى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك كما سنرى ، فالعقد المستتر هو إذن الذي يسري في الأصل في حق الغير ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد في مبدأ الأمر ، واعتقد أن العقد الظاهر هو عقدى جدي ، ويترتب على ذلك أن لدائني البائع ، إذا كان البيع صوريا ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع ، ولهم أيضا أن يتمسكوا بأن البيه حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة الى إثبات الغش ، وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري كما أسلفنا الإشارة ، وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمرا واقعا هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده ، كذلك للخلف الخاص ، الذي كسب حقه من البائع على العين المبيعة صوريا ، أن يتمسك بالعقد المستتر ، ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحا ، وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصوري ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك ، مثل ما قدمنا أن يبيه الراهن العين المرهونة بيعا صوريا ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصوري ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن يكون قج باعها بيعا جديا ويسجل المشتري الثاني عقده الصوري قبل أن

يسجل المشتري الأول عقده الجدي ، فللدائن المرتهن في المثل الأول ، وللمشتري الأول في المثل الثاني ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا في العقد الظاهر بالصورية . (السنهوري ص٩٧١ وما بعدها)

- تمسك الغير بالعقد الصوري : للغير بالمفهوم المتقدم أن يتمسك بالعقد الذي تتحقق به مصلحته ، فلدائن البائع له التمسك بالعقد الحقيقي ، بينما دائن المشتري تتحقق مصلحته بالتمسك بالعقد الظاهر الصوري ، ومثل الدائن مشتري ثان وصاحب حق ارتفاق أو انتفاع تلقى حقه من المشتري الصوري (انور طلبة ص٥٢٧) وأساس حق الغير في التمسك بالعقد الصوري يمكن في رغبة المشرع في حماية الغير حسن النية ضمانا لاستقرار التعامل لذلك وجب لكى يتمسك الغير بالعقد الصوري أن يكون حسن النية وقد تعامله مع المدين أى لا يكون في ذلك الوقت عالما بصورية التصرف حتى لو علم بالصورية بعد ذلك ، وحسن النية مفترض حتى يثبت ما يخالفه ، ولما كان شهر التصرف يقيم قرينة قانونية قاطعة على علم الكافة بالتصرف ومن ثم إذا تم الشهر للتصرف المستتر الحقيق قبل التعامل كان ذلك دليلا على علم الدائن بصورية التصرف الظاهر .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لدائني المتعاقدين والخلف الخاص حق التمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسن النية وفقا لما تنص عليه المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني ، والعبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية بوقت التعامل ونشوء الالتزام " (نقض ١٩٩١/١/٢٠ طعن ٢٤٨٥ س٥٨ق) وبأنه " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أنه يشترط في الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشترلاي ، حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيق شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وفي أسباب سائغة أن الطاعن – المشتري – كان سيء النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن في التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية – والثانية ، وإنما سرى في حقه ورقة الضد المشار إليها . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون " (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٣٧٧ س٤٦ق)

كما قضت بأن " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري " يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية ، هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذي لازم التصرف الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات ، وإذ كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فإن المرجع في تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية إنما كون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل " (نقض ١٩٧٥/١/٢٦ س٢٦ ص٢٣٥) وبأنه " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أنه يشترط في الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشتري ، حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقدصوري ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيق شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وفي أسباب سائغة أن الطاعن – المشتري – كان سيء النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن في التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية – والثانية ، وإنما تسري في حقه ورقة الضد المشار إليها . لما كان فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون " (نقض ١٩٧٧/١/٣١ س٢٨ ص٣٢٨) وبأنه " لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية

، والمفروض أن للدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه " (نقض ١٩٧٨/٥/١١ طعن ٢٨٦ س٤٥ق) وبأنه " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه " أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري " ، يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذي لازم التصرف الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات ، وإذا كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فإن المرجع في تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية إنما يكون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل" (نقض ١٩٧٥/١/٢٦ طعن ٢٢٠ س٣٩ق) وبأنه " إذا كان المشترون قج تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسن النية عندما اشتروا أطيان النزاع من مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان بعقدي بيع مشهرين ، فلهم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر ، إلا إذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عالمين بصورية هذا العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد" (نقض ١٩٧٢/٢/٢٨ طعن ٤٢٨ س٣٧ق) وبأنه " للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز أن يحاج – المشتري – بورقة غير مسجلة ، تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد " (نقض ١٩٧١/٤/٢٢ طعن ٤٨٥ س٣٦ق) وبأنه " لا يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر لا في حالة تعدد المتصرفين للعقار من تصرف المالك لأكثر من مشتري ، فليس لأحدهم التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المالك والغير ، وقضت محكمة النقض بأن بيع المتصرف ذات العقار لأشخاص مختلفين على أساس أسبقية تسجيل عقودهم يحول دون أعمال حكم المادة ٢/٢٤٤ من القانون المدني بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على من يتمسك بالعقد المستتر لاقتصار هذا الحكم على حالة اختلاف شخص المتصرف " (نقض ١٩٨٠/٥/١٩ طعن ١٥٨٩ س٤٨ق)

- المفاضلة عند تمسك البعض بالعقد الحقيقي والبعض بالعقد الصوري : **إذا تعارض مصالح ذوي الشأن (الغير) ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن يتمسكون بالعقد الظاهر ، فمن المتصور أن يكون للغير مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، فمثلا من صالح دائني المشتري الصوري التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانهم العام ، وكذلك من مصلحة المشتري من المشتري الصوري أن يتمسك بعقد سلفه الظاهر حتى تنتقل إليه للملكية ، وللشفيع أن يودع في خزانة المحكمة الثمن المسمى بالعقد الظاهر ، دون أن يحتج عليه بالثمن الحقيقي إذا كان أعلى ، مادام أنه لم يثبت أنه كان يعلم بهذا الثمن الحقيقي ، وله أن يحتج بأن العقد هو بيع وليس في حقيقته هبة ، حتى تجوز له الشفعة فيه . (عزمى البكري ص٩٨٩)**

وقد قضت محكمة النقض بأن **" المقرر بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ من القانون المدني أنه " إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر** كانت الأفضلية للأولين ، وهدف المشرع من ذلك – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – هو استقرار المعاملات ، فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بالعقد المستتر وتمسك دائن المشتري في العقد الظاهر بهذا العقد كانت الأفضلية لهذا الأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار " (نقض ١٩٨٦/٣/٣٠ طعن ٢١١٨ س٥٢ق) وبأنه " مؤدى النص في المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم ، وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين " ، وفي المادة ٢٤٥ على أنه " إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد

النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقج الحقيقي " أن المشرع نظم بهذين النصين أحكام الصورية سواء فيما بين المتعاقدين والخلف العام وفيما بينهما وبين دائنيهم والخلف الخاص ، أو فيما بين هؤلاء الأخيرين ، ولما كان حق دائني المتعاقدين والخلف الخاص في التمسك بالعقد الظاهر طبقا لهذه الأحكام هو حق استثنائي مقرر لهؤلاء وأولئك في مواجهة من يتمسك بالعقد الحقيقي وذلك على خلاف القواعد العامة – إذ يستمد من عقد لا وجود له قانونا – في حين أن حق الوارث الذي يطعن على تصرف مورثه بأنه يخفى وصية هو حق أصلي يستمده من قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام وتجعل واقعة وفاة المورث سببا مستقلا لكسب الملكية ولا يستمده من المورث ولا من الوصية ، ومن ثم لا يعد هذا الوارث طرفا في أية علاقة من ذلك التي تنظمها أحكام الصورية المشار إليها ، ولا يعتبر لذلك من ذوي الشأن الذيت تجرى المفاضلة بينهم طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ سالفة الذكر – وهم دائنوا المتعاقدين والخلف الخاص – فلا يقبل من هؤلاء وأولئك التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة حقه في الإرث بل يقدم حقه على حقهم في هذا الشأن " (نقض ١٩٨٧/٣/٢٤ طعن ١٢٥٨ س٥٣ق)

- التمسك بالصورية أمام محكمة الاستئناف : يجوز الطعن بصورية العقد في أى حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ويجب إبداء هذا الدفاع في صورة واضحة وأن يظل الطاعن متمسكا به حتى إقفال باب المرافعة في الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن " وأنه إذا كان الطاعنون قد تخلفوا عن إعلان شهودهم أمام محكمة أول درجة وقرروا بلسان محاميهم أمام تلك المحكمة باستغاءهم عن إحضار شهود لنفى تلك الصورية اكتفاء بما قدموه من دفاع في الدعوى ولم يطلبوا من محكمة الاستئناف إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكينهم من نفى الصورية بشهادة الشهود ، فإنه لا يكون لهم بعد ذلك أن يعيبوا على محكمة الاستئناف عدم اتخاذ هذا الإجراء من تلقاء نفسها إذ الأمر فيه يصبح في هذه الحالة من إطلاقاتها " (نقض ١٩٦٩/٢/٦ س٢٠ ص٢٧٠ ، نقض ١٩٧٣/٤/١٠ طعن ١٠٩ س٣٨ق) وبأنه " السبيل لبحث أسباب العوار التي قد تلحق بالأحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التي حددها القانون على سبيل الحصر ، فإذا كان الطعن عليه غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لإهدارها بدعوى بطلان اصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية ، وإذ كان الطعن بالصورية لا يجرد الحكم من أركانه الأساسية ، فإنه يكون من غير الجائز رفع الدائن لدعوى بطلان الحكم – الصادر ضد مدينه للصورية " (نقض ١٩٨٠/١/٢٤ طعن ٥٦٧ س٤٢ق) وبأنه " إذا كان الدفاع بالصورية مما لو صح يتغير به وجه الحكم في الدعوى ، وكان الثابت أن صاحب هذا الدفاع قد طلب الى محكمة الاستئناف في مذكرة قدمها إليها إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات الصورية التي يدعيها ، وكان الحكم قد جاء خلوا من إيراد هذا الطلب ومن الرد عليه ، فإنه يكون قد عاره بطلان جوهري " (نقض ١٩٤٧/١٢/٢٥ ج٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٥)

- لا يجوز التمسك بالصورية أمام محكمة النقض : الطعن بصورية التصرف ينصب على مسألة موضوعية يتعين طرحها على محكمة الموضوع لتقول فيها كلمتها فإن لم يتحقق ذلك فلا يجوز إبداء هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض فإذا كان ابدى سببا جديدا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع مما يوجب عدم قبوله . (أنور طلبة ص٥٢٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان ما يثيره الطاعن من صورية الاتفاق على التصريح بالتأجير من الباطن يعد سببا جديدا لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع لأنه واقع فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض " (نقض ١٩٧٦/٤/١٤ طعن ٥٦٢ س٤١ق) وبأنه " متى كان لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن التصرف الصادر من المورث الى ورثته كان في حقيقته وصية مستورة في عقد بيع ، فإنه لا يقبل التحدي بهذا الدفاع لأول أمام محكمة النقض ، ولا يغير من ذلك القول بأن تكييف التصرف بحسب وصفه القانوني هو مسائل القانون مادام أن الوصف الذي يضفيه القانون على التصرف لا يستبين إلا بتحقيق عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه ، وهو مما يتصل بوقائع الدعوى التي يجب أن يظرها الخصم على محكمة الموضوع " (نقض ١٩٥٦/٢/٩ س٧ ص٢٠٥) وبأنه " لا

يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن صورية عقد البيع محل النزاع هى صورية نسبية ولا تعدو ستر التبرع الذي كان مقصودا بهذا العقد " (نقض ١٩٥٦/٦/٧ س٧ ص٧٠١)

- إثبات الغير للصورية : يقع على الغير الذي يتمسك بالعقد المستتر أن يثبت صورية العقد الظاهر ، وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع وسائل الإثبات ، ولو كانت قيمة التصرف تزيد على خمسمائة جنيه ، ولو كان التصرف الظاهر مكتوبا ، لأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق . (السنهوري ص١٠٣٥ ، إسماعيل غانم ص٢٠٥ ، محمد لبيب شنب ص٢٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أن المشتري – في أحكام الصورية – يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع الى مشتر آخر ، ومن ثم يكون له أن يثبت صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات " (نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ٩٧٩٦ س٦٤ق) وبأنه " لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعنين دفعا أمام محكمة الاستئناف بأن عقد البيع المؤرخ .... الصادر من الطاعن الثاني للمطعون ضدهم الثلاثة الأوائل عقد صوري لم يدفع فيه ثمن ، وبأن تمكين الأخيرين من الإقامة في الشقة موضوع النزاع كان على سبيل التسامح ، وطلبا إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات هذه الصورية ، وكانت الطاعنة الأولى تعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد ، ومن ثم يجوز لها إثبات صوريته بطرق الإثبات كافة باعتبارها مشترية من البائع فيه ، ومن حقها إزالة جميع العوائق التي تصادفها في سبيل تحقيق أثر عقدها ، وأن طلب الطاعن الثاني إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صورية العقد المشار إليه لم يدفع من خصومه ، المذكورين بعدم جواز إثبات هذه الصورية بغير الكتابة ، فإنه لا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن ترفض هذا الطلب على سند من أن القانون لا يجيز إثبات ما يخالف الثابت كتابة بغير الكتابة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض إجالة الطاعنين الى طلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صورية العقد سالف الذكر تأسيسا على أنهما عجزا عن تقديم دليل كتابي يدل على هذه الصورية ولا يجوز لهما إثبات هذا الزعم بغير الكتابة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ٩٧٩٦ س٦٤ق) وبأنه " لما كان الثابت في الأوراق أن محكمة أول درجة أحالت الدعوى للتحقيق ليثبت المطعون ضدهما الثاني والثالثة أن عقد شراء الطاعنة عقد صوري صورية مطلقة ، فاشهدا كلا من .... ، .... فقررا أنهما لا يعلمان شيئا عن هذا العقد ، وأن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه – رغم تحصيله لمضمون أقوال الشاهدين المذكورين – اقام قضاءه بصورية ذلك العقد على اطمئنانه لشهادتيهما المؤيدة بمستندات الدعوى دون بيان ماهية هذه المستندات ومدى تعلقها بالدفع بالصورية ، وأن الحكم المطعون فيه اضاف الى ذلك قوله "هذا بالإضافة الى القرينة المستفادة من شراء المستأنفة لحصة في عقار النزاع ومبادرتها وزوجها المستأنف عليه الأول الى تسجيل عقد شرائها وهو ما لا يحدث عادة بين الأزواج رغم وجود عقد بيع سابق صادر من زوجها الى المستأنف عليهما الثاني والثالثة ، فإذا أضيف الى ذلك ما قرره الشهود فإن ذلك يقطع بصورية عقدها " ، وإذ كان البين مما تقدم أن أحدا لم يشهد بصورية عقد شراء الطاعنة ، وأن الدعوى لم تقدم فيها أية مستندات تدل على هذه الصورية ، وأنه ليس في ثبوت علاقة الزوجية بين الطاعنة وزوجها المطعون ضده الأول ، ولا في مبادرتهما الى تسجيل عقد البيع المبرم بينهما ، ولا في اتصال علم الطاعنة بسابقة بيع زوجها للحصة التي اشترتها لشقيقة المطعون ضده الثاني ، ووقع خلاف بينهما على باقي الثمن ، ما يدل على ثبوت الصورية ، فإن الحكم المطعون فيه – بما أقام عليه قضاءه – يكون معيبا بمخالفة الثابت في الأوراق ، وبالخطأ في الإسناد والفساد في الاستدلال " (نقض ٢٠٠١/٦/٥ طعن ٤٧٩٨ س٦٢ق) وبأنه " إذ كان الثابت في الأوراق أن الطاعن دفع بصورية عقد البيع الصادر للمطعون ضده فأحالت المحكمة الاستئناف للتحقيق لإثبات صورية هذا العقد فأشهد الطاعن ضاهديم قالا أنهما لا يعلمان شيئا عن العقد المدفوع بصوريته ، وما إذا كان عقدا صوريا أو جديا ، ومن ثم انتهى الحكم المطعون فيه الى أن الطاعن عجز عن إثبات تلك الصورية ، فإن النعى على الحكم بسببى الطعن (بسببى الفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق المؤسسين على أن المحكمة بنبت قضاءها برفض الدفع بالصورية

على أن الطاعن عجز عن إثباتها دون أن تناقش ما طرح في الدعوى من قرائن على ثبوتها وكذب شهادة شاهدى المطعون ضده) ينحل الى جدل موضوعي فيما لمحكمة الموضوع سلطة وزنه وتقديره مما تنحسر عنه رقابة هذه المحكمة ، لا يغير من ذلك ما اعتصم به الطاعن من أن شهادة شاهدى النفى يكذبها الثابت في الأورقا ، ذلك أن كذب هذه الشهادة أو مخالفتها للثابت في الأوراق لا يعفى مدعى الصورية من إثباتها ولا يصح اتخاذه دليلا على ثبوت هذه الصورية " (نقض ٢٠٠١/٤/١٠ طعن ٢٤٢٣ س٧٠ق)

كما قضت بأن " الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصوري أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خاليا من النزاع ، ذلك أنه متى كان التصرف صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود إضراره بالتصرف الصوري إذ من مصلحة أى دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذي أبداه الطاعن على أن دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذي قصد بهذا التصرف التهرب من مدينه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله " (نقض ١٩٦٥/١٢/٩ س١٦ ص١٢٢٣) وبأنه " الغير في الصورية هو – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض –كل ذي مصلحة ولو لم يكن طرفا في العلاقة المطعون عليها بالصورية ، ويحق لهذا الغير إثبات صوريتها إضرارا بحقوقه وذلك بجميع طرق الإثبات القانونية " (نقض ١٩٩٠/٧/١٨ طعن ٣٦١٨ س٥٩ق ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ طعن ١٩١ س٤٦ق) وبأنه " البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المشتري الصوري ومن ثم يكون له إثبات صورية البيع الأخير بكافة طرق الإثبات القانونية " (نقض ١٩٧١/١/٣١ س٢٨ ص٣٢٨ ، نقض ١٩٩٧/١/٣٠ طعن ٤٠١٤ س٦٦ق ، نقض ١٩٩١/٣/٥ طعن ٣٤٦ س٥٨ق ، نقض ١٩٨٦/١/٩ طعن ٧٣٨ س٥١ق ، نقض ١٩٨٥/٤/١٨ طعن ٢١٢ ص٥٢) وبأنه " للدائن أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية تصرفات مدينه التي تمت إضرارا بحقوقه عملا بالفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني " (نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ س٨ ص٥٢٠) وبأنه " لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن كان قد اعتصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات البيع ومن نفس البائع الى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن " للمشتري ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائعس في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة – وفقا لصريح نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني – أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطريق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى مشتر آخر " ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح له بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون " (نقض ١٩٩٦/٥/١٦ طعن ٤٤٤٦ س٦٥ق ، ١٩٩٥/٤/٦ طعن ٤١٠٤ س٦٠ق ، ١٩٩٣/١٢/٢ طعن ٢٤٠٠ ، ٢٤٣٨ س٥٩ق ، ١٩٩٠/٢/٧ طعن ٢١٤٦ س٥٥ق)

وقضت كذلك بأن " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذي أضر بهم أمام المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة .... الخ" (الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١) وبأنه " إنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من التقنين المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل إعلان أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة ، فإنه يسري في حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صوريا ، فإذا ادعى الشفيع صوريته ، كان من حقه – باعتباره من الغير – إثبات الصورية بكافة كرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائما وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له " (الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٦/١١) وبأنه " متى كانت المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية والبائعة المطعون عليها الثانية بالعقد الصوري تعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المطعون عليها الثانية الى الطاعن – عن ذات القدر – وكان لها بالتالي أن تثبت صوريته بكافة طرق الإثبات ، وقد قضت محكمة أول درجة بإحالة الدعوى الى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى صورية هذا العقد صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في أسباب سائغة الى أن عقد الطاعن صوري ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه بصحة ونفاذ عقده ، فإن النعى على الحكم بعدم جواز إثبات صورية عقده بغير الكتابة يكون غير سديد " (الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١) وبأنه " المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى – مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقدا جديا كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدي " (الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧) وبأنه " من المقرر أنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم ، وكانت المطعون ضدها الأولى لم تدفع بعدم جواز إثبات صورية عقدها صورية مطلقة بالبينة ، فإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن كان قد اختصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع الى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن للمشتري ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفع في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة – وفقا لصريح نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني – أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى مشتر آخر ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح له بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٦) وبأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعي لمجرد تراخي تنفيذه على الطبيعة من وقت غبرامه في ١٩٨٨/١٢/١ حتى ١٩٩٦ ولأن الطاعنة قد تقدمت مع آخرين بشكوى للمدعى العام الاشتراكي ضد المطعون ضدهما الثاني والثالث لقيامهما ببيع وحدات سكنية منب ينها عين النزاع أكثر من مرة وقد قضى ضدهما بالحبس في الجنحة رقم ..... جنح حلوان لبيعهما الشقق لأكثر من شخص ولما كان مجرد تأخير تنفيذ عقد شراء الطاعنة لعين النزاع من وقت إبرامه في ١٩٨٨/١٢/١ حتى عام

١٩٩٦ لا يدل بذاته على صورية وعدم جدية هذا العقد هذا بالإضافة الى أن شكاية الطاعنة للمدعى العام الاشتراكي ضد المطعون ضدهما الثاني والثالث لتكرار بيعهما شقة التداعي أكثر من مرة ولأكثر من شخص وإدانتهما جنائيا لهذا السبب لا يتأتى منطقا ولا عقلا اعتباره قرينة على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعى ويكون الحكم بهذه المثابة قد أقام قضاءه بصورية العقد المؤرخ ١٩٨٨/١٢/١ على قرائن معيبة ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذا العقد في حق المطعون ضدها الأولى فإنه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب " (الطعن رقم ٥٠٥٨ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

- الإخفاق في إثبات الصورية : إذا نجح الطاعن في إثبات الصورية كان التصرف الحقيقي هو الذي يعمل به وينتج أثره في العلاقة بين الغير وأطراف ذلك التصرف ، أما إذا أخفق الطاعن في إثبات الصورية ، فإن مفاد ذلك أنه لا يوجد عقد آخر غير العقد المطعون عليه ويكون الطاعن غير محق فيما ادعاه من عدم جدية هذا العقد مما يؤدي الى اعتباره غير صوري مرتبا كافة الالتزامات التي تضمنها بالنسبة لطرفيه فتنفذ جبرا عند الاقتضاء ، وتسري كافة الأحكام الواردة به ، فإن كان الطاعن شفيعا ادعى صورية الثمن المسمة بالعقد فأودع مبلغا أقل ، سقط حقه في الشفعة وهكذا . (أنور طلبة ص٥٠٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد الى ولده بالصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من أقوال الشهود إثباتا ونفيا – بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها – أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت الى القول بأن العقد عقد تمليك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة البائع وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعا حقيقيا أوب يعها يستر هبة وأنه حتى مع التسليم أن ثمنا لم يدفع فإنه لا مانع قانونا من أفراغ الهبة المنجزة في صورة عيد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة " (نقض ١٩٥٠/١٢/٢٠ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٣) وبأنه " التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو مطعن بالصورية النسبي بطريق التستر ويقع على الطاعن – وارث البائعة – عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه " (نقض ١٩٧٥/٦/٢٦ س٢٦ ص١٣١٤)

- عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام : القواعد المقررة في إثبات التصرفات غير متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تتعرض لها من تلقاء نفسها ، فإن كان التصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ومع ذلك طلب الخصم إحالة الدعوى الى التحقيق لإثباته بكافة الطرق بما في ذلك البينة وحدها أو القرائن وحدها أو بالاثنين معا ، فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب من تلقاء نفسها قولا منها بان التصرف يجاوز نصاب البينة أو أنه ثابت بالكتابة فلا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة ، بل يتعين عليها إجابة هذا الطلب أن تضمن دفاعها جوهريات أو ترفضه ليس للأسباب السابقة إنما لما توافر لديها من أدلة أخرى تغني عن التحقيق المطلوب ، كما يجب عليها رفضه إذا دفع الخصم الآخر بعدم جواز الإثبات بالبينة أو القرائن ، فإذا حضر ولم يتمسك بالدفع قبل البدء في سماع شهادة الشهود أو طلب أجلا لإعلان شهوده عد ذلك تنازلا عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون ولا يجوز التحدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . (أنور طلبة ص٥١٠)

- أدلـة الصوريـــة : ليس المقصود بأدلة الصورية ، الأدلة الكاملة التي تدل على الصورية كالدليل الكتابي الذي يتضمن حقيقة التصرف والإقرار وشهادة الشهود وغيرها من الأدلة ، وإنما تدخل القرائن في معنى أدلة الصورية ، ومن ثم فإن أدلة الصورية تطلق على الدليل الكامل وأيضا على القرينة ، وإن كان الدليل في الإثبات يقدم على القرينة إلا أن المحكمة لا تتقيد بذلك في مجال الصورية ، فإن لم تجد دليلا كاملا عليها في الأوراق ولكن وجدت قرينة تدل عليها أخذت بها وقضت بصورية المحر ، متى كان الإثبات بالبينة جائزا ، والقرينة إما أن تكون قانونية وإما أن تكون قضائية ، والأولى هى التي يجرى بها نص في كنص المادتين ٩١٦ و٩١٧ أما الثانية فهى التي يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى . (أنور طلبة ص٥٣٩)

- تقدير أدلة الصورية من سلطة قاضي الموضوع : تقدير الادعاء بالصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى دون أى رقابة لمحكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاص جدية الادعاء بالصورية أو عدم جديته سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت بالأوراق ويؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها . (عزمي البكري ص٩٧٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر وعلى ما جرى عليه قضاء النقض – أن تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع وله السلطة التامة في استخلاص عناصر الغش من قرائن الدعوى وأدلتها دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا " (نقض ١٩٨٣/٣/١ طعن ٣٠٦ س٤٣ق ، نقض ١٩٨١/١١/٢٩ طعن ٤٨٩ س٤٨ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وتقضي بما يطمئن إليه وجدانها " (نقض ١٩٨٣/١/١٩ طعن ١٤٥٥ س٤٨ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، ولما كان ما أورده الحكم في شأن أقوال الشهود لا يخرج عما هو ثابته في التحقيق ، كما أن ما استخلصه منها لا يتجافى مع عبارتها ومن شأنه وبالإضافة الى القرائن التي ساقها أن يؤدي الى ما انتهى إليه من صورية عقد البيع الصادر الى مورث الطاعنين صورية مطلقة ويكفي لحمله ، ولا يغير من ذلك أن هذا العقد أسبق في التاريخ على عقد البيع الصادر الى المطعون عليه الأول ، إذ ليس من شأن هذه الأسبقية أن تنفي الصورية عن العقد الأول وأنه غير موجود قانونا . لما كان ذلك ، فإن النعى يكون على غير أساس " (نقض ١٩٧٦/٣/٢٣ طعن ٥٥٦ س٣٩ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، كما أن له سلطة تامة في استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش ، وما لا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك مادامت الوقائع تسمح به ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد رأت في أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها ما يكفي لنفى الصورية الغش والتدليس المدعى بها ، فإنها ليست في حاجة بعد ذلك لسماع الشهود لإثبات ونفى هذه الصورية " (نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ طعن ٢٧٧ س٣٦ق ، نقض ١٩٦٤/٥/٢٨ طعن ٤٦٨ س٢٩ق ، نقض ١٩٥٠/٦/١ طعن ١٧٦ س١٨ق ، نقض ١٩٨٣/١/٣١ طعن ١١٩٩ س٥٠ق) وبأنه " من المقرر في قضائها أنه إذا بنى الحكم على دعامتين كل منهما مستقلة عن الأخرى وكان يصح بناء الحكم على إحداها فإن النعى عليه في الدعامة الأخرى يكون غير منتج " (نقض ١٩٧٣/٤/٣ س٢٤ ص٥٥٩ ، ١٩٧٣/٤/١٧ س٢٤ ص٦١٦ ، ١٩٧٣/٤/٢٦ س٢٤ ص٦٩٤ ، ١٩٧٣/٥/١٧ س٢٤ ص٧٧٢ ، ١٩٧٣/٥/٢٤ س٢٤ ص٨٢٣) وبأنه " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على عدة دعامات تكفي إحداها ليسقيم بها قضاؤه ، فإنه لا يعيبه عدم رده على دفاع يقوم على مناقشة أية دعامة أخرى " (نقض ١٩٧٤/٢/٢ س٢٥ ص٢٧٧) وبأنه " تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى " (نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ طعن ١٠١ س٣٦ق ، نقض ١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٩ س٤٣ق ، نقض ١٩٨٣/١/٣١ طعن ١٢٩٩ س٥٠ق ، نقض ١٩٨١/١٢/٢٧ طعن ٧٥٣ س٤٨ق)

وقضت أيضاً بأن " متى كانت الأدلة والقرائن من شأنها أن تؤدي في مجموعها الى ما رتبته عليها محكمة الموضوع ولها أصلها الثابت في الأوراق ، وكان تقدير الأدلة مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة عليه فيه من محكمة النقض ، متى كانت هذه الأدلة مستمدة من أوراق الدعوى ومستخلصة منها استخلاصا سائغا ومن شأنها أن تؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها ، وكانت محكمة الموضوع متى استندت في قضائها الى جملة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدي في مجموعها الى النتيجة التي خلصت إليها ، فإنه لا يقبل من الطاعنين مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس " (نقض ١٩٧٤/٥/٨ س٢٥ ص٨٣١ ، ١٩٦٧/١١/١٤ س١٨ ص١٦٦٨) وبأنه " تقدير كفاية أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفى الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صوري وأن ما قدمته كل منهما في سبيل تأييد دفعه من قرائن منها صلة القرابة بين البائع والمشتري وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذا

للبيع لا تكفي وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكمه بالقصور" (نقض ١٩٥٠/٦/١ ج٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٢ ، ١٩٧١/١/٥ س٢٢ ص٥) وبأنه " تقدير الأدلة هو – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون ما رقابة عليها من محكمة النقض مادام قضاؤها قائما على أسباب تسوغه " (نقض ١٩٧٣/٤/٣ س٢٤ ص٥٥٩ ، نقض ١٩٧٦/٥/١٠ طعن ٢٨٢ س٤٢ق ، ١٩٧٤/١/٢٢ س٢٥ ص٢١٦ ، ١٩٧٠/٤/٢٨ س٢١ص٧١٤ ، ١٩٧٨/١/١٧ طعن ٧٧٩ س٤٣ق) وبأنه " لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذي يطلب منها كلما رأت أنها ليست في حاجة إليه ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن العقد محل النزاع هو عقج بيع حقيقي استوفى أركانه القانونية ، اخذا بأقوال الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة ، وهو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أقوال الشهود ، فإنها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الإحالة الى التحقيق لإثبات صورية الثمن لما تبينته من عدم الحاجة إليه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التي تمت فيها ، وهو حقها الذي لا معقب عليها فيه " (نقض ١٩٧٢/٣/٧ س٢٣ ص٢٩٨) وبأنه " تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، كما أن له سلطة تامة في استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش ، وما لا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك مادامت الوقائع تسمح به ، فإن كانت محكمة الموضوع قد رأت في أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها ما يكفي لنفى الصورية والغش والتجليس بها ، فإنها ليست في حاجة بعد ذلك لسماع الشهود لإثبات ونفى هذه الصورية " (نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ س٢١ ص١٣٢٨)

- استخلاص الصورية : إذا كان الحكم قد استخلص من اقوال الشهود التي ألمح إليها ومن القرائن التي عددها ، صورية الأجرة الثابتة بعقود الإيجار وبإيصالات السداد ، وأن الأجرة الحقيقية هى المؤداة فعلا ، وكانت هذه الدعامة وحدها كافية لحمله ، فإن تعييبه – فيما أورده من بعد من تقدير لم يبين مصدره – يكون بفرض صحته غير منتج " (نقض ١٩٧٤/١/٢١ س٢٥ ص٢٥٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد مورثة الطاعن على جملة قرائن منها القرينة المستمدة من إقامتها مع خالها البائع في تاريخ العقد وقيام المصاهرة بينهما لوجودها وقتئذ في عصمة ابنه استنادا الى ما عزاه خطأ الى الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرى في الدعوى ، وكانت تلم القرائن التي استندت إليها وحدة متماسكة تضافرت في تكوين عقيدة المحكمة بحيث أن أنهاء إحداها يترتب عليه ببطلان الحكم ، فهذا الحكم يكون قدى عاره خطأ في الإسناد يستوجب نقضه " (نقض ١٩٥١/١١/١٥ ج١ في ٢٥ سنة ص٥٥٦) وبأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في نطاق سلطتها الموضوعية توافق إرادة طرفى العقد على الصورية ودللت على ذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدي الى ما انتهت إليه ولم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدي إليه مدلولها ، وكان تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، فإنه لا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك " (نقض ١٩٥٩/١/٢٢ س١٠ ص٦٤) وبأنه " إذا اتخذ الحكم المطعون فيه من عجز الطاعنة (المشترية) عن إثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفي وصية ، فإنه يكون قد استند الى قرينة فاسدة في خصوصية هذه الدعوى ، لأن المطعون ضدها (البائعة) هى التي يقع على عاتقها عبء إثبات صورية ما ورد في العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى به " (نقض ١٩٧١/١/٥ س٢٢ ص٥) وبأنه " إذ كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تقيم قضاءها في الطعن بالصورية على ما يكفي لتكوين عقيدتها من الأدلة المطروحة في الدعوى دون أن تكون ملزمة بإجابة الخصوم الى طلب إحالة الدعوى الى التحقيق إلا أنه لا يجوز لها أن تعول في ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما في ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ استدل على انتفاء صورية عقدى البيع بذات نصوصها والتفتت بذلك عن طلب الطاعنين إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات الصورية يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع " (نقض ١٩٨٣/١/٢٧ طعن ٩٤٧ س٤٨ق) وبأنه " إذا كان الحكم

المطعون فيه قد استخلص من الوقائع والأدلة والقرائن التي ساقها أن العقد موضوع الدعوى صوري حرر بين عاقدين بطريق التواطؤ ، وكانت تلك القرائن والأدلة تؤدي عقلا الى ما انتهى إليه ، فإن النعى على الحكم في هذا الخصوص يكون على غير اساس " (نقض ١٩٥٨/١٢/٢٥ طعن ٨٢ س٢٤ق ، نقض ١٩٨٥/٢/١٠ طعن ١٦٨١ س٥١ق) وبأنه " إذا استعرضت محكمة الموضوع مستندات الخصوم وناقشت شهادة الشهود وساقت القرائن من كل ذلك استخلاصا سائغا له أصله الثابت في أوراق الدعوى أن الثمن صوري وأن حقيقة الثمن هو كذا وليس أكثر من ذلك – كانت في حدود سلطتها الموضوعية في تقدير الأدلة مما تستقل به دون رقابة عليها من محكمة النقض " (نقض ١٩٥٩/٤/٢ طعن ٣٧٢ س٢٤ق)

وقضت كذلك بأن " تصريح المحكمة باقتناعها بصورية عقد بناء على الأدلة التي أوردتها – ذلك يكفي لبيان أنها رجحت في التقدير أدلة الصورية على الأدلة الأخرى ، وفي هذا معنى إطراح هذه الأدلة الأخرى وعدم الثقة بها بلا حاجة الى بيان خاص ، وإذن فلا يسوغ النعى على الحكم بالقصور قولا بأنه لم يرد على القرائن التي تمسك بها الصادر له العقد لإثبات جديته " (نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ طعن ٢٠٦ س١٧ق) وبأنه " لما كان من حق قاضي الموضوع وهو في مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة نفى في الدعوى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر غير خاضع في ذلك لرقابة محكمة النقض وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما استخلصه من أقوال الشهود من أن العقد جدي لا صوري ، وكان هذا الذي استخلصه هو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ، وكان اتخاذ الحكم لهذه الأقوال أساسا لقضائه فيه الرد الضمني الكافي والمبرر لإطراحه ما عداها من أدلة الطاعن . لما كان ذلك ، وكان ما ينعاه الطاعن على المحكمة من عدم الرد على القرائن التي ساقها دليلا على الصورية المدعاة لا مبرر له " (نقض ١٩٥٢/١٢/١١ طعن ٢٠٥ س٢٠ق) وبأنه " للمحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلا الى النتيجة التي تنتهي إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يعرفون أنه مدين للمدعى إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به فذلك في حدود حقها الذي لا رقابة عليه لمحكمة النقض " (نقض ١٩٤٧/١١/٢٠ طعن ١٢٤ س١٦ق) وبأنه " لما كان تقدير مما تستقل به محكمة الموضوع ، وكانت القرينة التي استند إليها الحكم سائغة ومن شأنها أن تؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها وتكفي لحمل قضائه في هذا الخصوص فلا يعيبه سكوته عن الرد على المستندات التي تمسك بها الطاعن لتأييد ادعائه بأن ..... لأن في قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها التعليل الضمني المسقط لدلالة هذه المستندات كما لا يعيبه التفاته عن طلب الطاعن إثبات عكس ما خلص إليه بالبينة مادام قضاءه محمولا على قرينة تكفي لحمله وفيها الغناء عن التحقيق " (نقض ١٩٨٤/٣/٢٦ طعن ٦٨٠ س٥٣ق ، نقض ١٩٨٤/١/٩ طعن ١٦٨٠ س٤٨ق) وبأنه " متى انتهت محكمة الموضوع بأسباب سائغة الى أن عقد البيع صوري صورية مطلقة ثم اتخذت من صورية إجراءات التقاضي التي انتهت بصدور الحكم القاضي بصحة ونفاذ هذا العقد قرينة أخرى أضافتها الى القرائن التي دللت بها على صورية العقد فإنها لا تكون قد أهدرت حجية الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد التي لم يكن مدعى الصورية طرفا فيها إذ أن حجية الأحكام مقصورة على أطرافها " (نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ١٣٦ س٣٢ق)

﴿ المـــــادة ٢٤٥ ﴾

" إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٦ سوري ، المادة ٢٤٨ عراقي ، المادة ١٦١ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٢٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي " ١- يكون العقد المستتر هو النافاذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم . ٢- إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام قد استوفى شروط صحته " ، وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى ، اكتفى بالفقرة الثانية بعد تعديلها على وجه جعلها مطابقة لما استقر عله النص في التفنين الجديد ، واصبح رقم المادة ٢٥٢ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٥ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦٣٩ ، ٦٤٦ ، ٦٤٧)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " ذلك أن نية المتعاقدين تنصرف الى التقيد بالعقد المستتر ، فهو الجدير وحده بالاعتبار دون غيره ، ومن التطبيقات العملية التي يمكن أن تساق في هذا الشأن ، إفراغ التعاقد في شكل عقد آخر ، كالهبة في صورة البيع ، ففي مثل هذا الفرض يصح العقد بوصفه هبة لا بيعا ، متى اجتمعت له شروط الصحة بهذا الوصف ، فيما عدا شرط الشكل استثناء .

﴿ الشـــــرح ﴾

- أثر الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام : تقضي المادة ٢٤٥ مدني بأنه " إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " ، ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به ، وهذا ما يقضيه مبدأ سلطان الإدارة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه ، ومن ثم إذا باع شخص عينا من آخر بيعا صوريا واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشتري لا وجود للبيع ، ويبقى البائع مالكا للعين ، وله حق التصرف فيها ، ويستطيع أن بيعا بيعا جديا بعد ذلك الى مشتري ثان والمشتري الثاني ولو سجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع الجدي ، كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث الى وارثه الخلف العام ، إذا العبرة بالنسبة الى الخلف العام بالعقد الحقيق أيضا لا بالعقد الصوري ، وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشتري الصوري مالكا للعين ، وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشتري الصوري ، ولكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، فإن له مع ذلك وجودا ماديا قد يترتب عليه أثر قانوني ، فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية ، وكذلك التصرف الصوري الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث في القانون الفرنسي . (السنهوري ص٩٦٠ وما بعدها)
- إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين : إذا ادعى أحد المتعاقدين أو خلفه العام صورية العقد كان له إثبات هذه الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن طالما كانت قيمة التصرف لا تزيد على خمسمائة جنيه ، أما إذا زادت قيمة التصرف على هذا المبلغ وجب عليه إثبات الصورية بالكتابة أو ما يقوم مقمها من إقرار أو يمين . أما إذا كان العقد الظاهر مكتوبا فلا يجوز إثبات الصورية عن طريق إثبات العقد الحقيق المستتر إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه ، ولذلك إذا كان العقد الظاهر مكتوبا وجب على المتعاقد اليقظ إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيق من شأنه الإضرار به ، أن يحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ، وتسمى هذه الوثيقة بورقة الضد **contre lettre** فإن لم توجد فإنه يتعذر إثبات الصورية بغير اليمين أو الإقرار ، ومعنى هذا عملا استحالة الصورية بغير اليمين أو الإقرار ، ومعنى هذا عملا استحالة الإثبات في الغالب من الأحوال غير أن هناك أحوالا استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة . كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية ، أو وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على ورثة الضد ، أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها لسبب أجنبي إذ يجوز للمتعاقد أن يلجأ

الى الشهادة أو القرائن لإثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوبا ولو كانت القيمة تزيد على خمسمائة جنيه . (إسماعيل غانم ص٢٠٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر وفقا للفقرة الأولى من المادة ٦١ من قانون الإثبات أنه متى كان العقد الظاهر المطعون عليه بالصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأىلا من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة ، ولما كان عقد البيع موضوع الدعوى ثابتا بالكتابة ، ولم يقدم الطاعن أى دليل كتابي يساند طعنه عليه بالصورية ، وكانت عبارات الإقرار المؤرخ .... لا تدل على ذلك أو تشير إليه وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على تناقض الطاعن في دفاعه ، فإن الحكم يكون صحيحا إذ التفت عن الطعون الموجهة لعقد البيع " (نقض ١٩٨٤/١١/٢٠ طعن ١٨٨٥ س٥١ق) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى ثبت صدور الورقة العرفية ممن نسب إليه التوقيع عليها فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها الى أن يثبت العكس وفقا للقواعد العامة في إثبات ما اشتمل عليه دليل كتابي وأنه إن ادعى أحد طرفى المحرر أن أحد البيانات المدونة به غير مطابقة للواقع كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة " (نقض ١٩٨٠/٣/١ طعن ٤٨٧ س٤٩ق) وبأنه " التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجو وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه" (نقض ١٩٨٠/٥/٢٨ طعن ٦٨٥ س٤٥ق) وبأنه " إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينة في حالة الاحتيال على القانون مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأخذ ورثته ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث وإنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتيال إضرارا بحقه في الميراث وهو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن على العقد من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة وإذ كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى أقامت دعواها بطلب إبطال عقد البيع الصادر منها لولديها الطاعن والمطعون ضده الثاني استنادا الى أنخ يخفى وصية به تميزها في الميراث احتيالا على قواعد الإرث وكان الحكم المطعون فيه قد استند في إثبات الصورية النسبية الى أقوال شاهدى المطعون ضدها الأولى (البائعة) التي لم تقدم أى دليل كتابي فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه " (نقض ١٩٧٦/١٢/١٣ طعن ٦٩٧ س٤٢ق ، نقض ١٩٦٨/١١/١٤ طعن ٤٨٧ س٤٢ق) وبأنه " إذ كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه أن النصوص الواردة في العقد المختلف على تكييفه صريحة في أنه عقد منجز ، فإن ما طعنت به المطعون ضدها (البائعة) على هذا العقد وهى إحدى طرفيه من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع ، وأن الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية ، ولم يدفه فيه أى ثمن ، إنما هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، وعليها يقع عبء إثبات هذ الصورية ، فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئ حجة عليها " (نقض ١٩٧١/١/٥ طعن ٢٦٠ س٣٥ق) وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي ، فإن الذي قررتها هو صحيح في القانون " (نقض ١٩٥٣/١١/٢٤ ج٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنع " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذي أضر بهم أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة ، والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا ، فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات ، ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذي يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما

من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلا على القانون " (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ س٤٣ق)

كما قضت بأن " إذا كان المستأجر يطعن في عقد الإيجار بالصورية والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات بغير الكتابة فلا يجوز للمحكمة مادام الإيجار ثابتا بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابي على دعواه – أن تقضي بصورية العقد بناء على مجرد القرائن وإلا كان قضاؤها باطلا لاستناده الى دليل غير جائو الأخذ به في الدعوى " (نقض ١٩٤٢/٦/١٨ ص٧٥٩) وبأنه " لا يجوز إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة فيما بين المتعاقدين وورثتهما إلا بالكتابة " (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ س٤٣ق ، نقض ١٩٧٢/٣/١٦ س٢٣ ص٤٢٤) وبأنه " إذا كان الحكم لم يعتمد في إثبات صورية عقد البيع محل الدعوى على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات بل أطلعت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة لمحرر عرفي مجرد من أية قيمة في الإثبات " (نقض ١٩٤٩/١٢/١ ص٧٥٩) وبأنه " طبقا لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذ ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي والعبرة بينهما بهذا العقد وحده ، وإذا أراد أى من الطرفين أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر أو ينفي الثابت بهذا العقد ، يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر أو ينفي الثابت بالعقد الظاهر وفقا للقواعد العامة في الإثبات في المواد المدنية التي لا تجيز الإثبات بشهادة الشهود إذا تجاوزت قيمة التصرف عشرين جنيها وفيما يخالف أو يجاز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها ما لم يكن هناك احتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة ، لمن كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، أن يثبت العقد المستتر أو ينفي الثابت بالعقد الظاهر بكافة طرق الإثبات " (الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٦) وبأنه " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن صلة الزوجية لا تعتبر بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي ويتعين أن يرجع في ذلك الى كل حالة على حدة طبقا لظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متى كان تقديرها قائما على أسباب سائغة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الأخذ بالدفع المبدي من الطاعنة بعدم جواز الإثبات بالبينة على سند مما أورده في اسبابه من أن علاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الطرفين تعتبر مانعا أدبيا يحول دون حصول المستأنف على دليل كتابي يفيد ضد عقد البيع ومن ثم فإنه يجوز للمستأنف إثبات ما يخالف الثابت في عقد البيع سند الدعوى بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن بما مؤداه أن الحكم اعتبر صلة الزوجية بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند مكتوب ودون أن يبين في أسبابه ظروف الحال التي اعتمد عليها في تبرير عدم الحصول على دليل كتابي ، مما يجعله مشوبا بالقصور المبطل ويتعين نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن " (الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠) وبأنه " الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضرار بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث ، فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية من التصرفات التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ويكون له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات القانونية ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات " (نقض ١٩٩١/١٢/١٠ طعن ١٢٥٢ س٥٣ق) وبأنه " من المقرر أنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم ، وكانت المطعون ضدها الأولى لم تدفع بعدم جواز إثبات صورية عقدها صورية مطلقة بالبينة ، فإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن كان قد اعتصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس

البائع الى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن للمشتر ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة – وفقا لصريح المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني – أن يثبت صورية العقد الذي أضر به طرق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبية للتصرف الصادر من نفس البائع الى مشتر آخر ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح به بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون " (نقض ١٩٩٦/٥/١٦ طعن ٤٤٤٦ س٦٤٥ق) وبأنه " متى كان الحكم مؤسسا على عدم جواز إثبات صورية العقد بالبينة والقرائن – لقيام دعوى الصورية بين المتعاقد – فلا يعيبه أن يكون تحدثه عن بعضها غير سائغ " (نقض ١٩٧٣/٢/٦ طعن ٤٩٠ س٣٧ق) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما انتهى إليه من أن صورية عقد الإيجار الى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهد المطعون عليه ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تمفي لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن ، فإن النعى على الحكم لاستناده الى ما ساقه من قرائن – أيا كان وجه الرأى فيه – يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه " (نقض ١٩٧٧/٥/٤ طعن ٥ س٤٣ق) وبأنه " لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذي يطلب منها كلما رأت أنها ليست في حاجة إليه ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن العقد محل النزاع هو عقد بيع حقيق استوفى أركانه القانونية ومن بينها الثمن ، أخذا باقوال الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة ، وهو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أقوال الشهود ، فإنها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الإحالة الى تحقيق لإثبات صورية الثمن ، لما تبينته من عدم الحاجة إلأيه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التي تمت فيها ، وهو حقها الذي لا معقب عليها فيه " (نقض ١٩٧٢/٣/٧ طعن ٨٩ س٣٧ق)

- المانع الأدبي من الحصول على ورقة ضد : لا يوجد معيار معين للمانع الأدبي الذي يتعذر معه على المتعاقد أن يحصل على ورقة ضد ، فتنتقل كل حالة عن الأخرى وفقا للظروف والعلاقة التي تربط المتعاقدين ، ولقاضي الموضوع استخلاص وجود أو عدم وجود المانع من الوقائع والأدلة الموجودة لديه . (أنور طلبة ص٥٧٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " صلة القرابة أو المصاهرة ، مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك الى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة " (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ س٢٧ ص١٨٠١) وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي فإن الذي قررته هو الصحيح في القانون " (نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه "

- إثبات الصورية في حالة التهرب من أحكام القانون : إذا كانت الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون ، أى التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الموضوعية اللازمة لصحته أو نفاذه ، فعندئذ يجوز للمتعاقد أو لخلفه العام أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن ولو كان العقد مكتوبا ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه من ذلك أن يخفى العقد فوائد ربوية ويكتب المتعاقدان سببا غير ذلك ، أو أن يقدم المتعاقدان تاريخ العقد لجعله

سابقا على تاريخ توقيع الحجز على أحدهما بغية إظهار العقد صحيحا غير قابل للإبطال خلافا لما يقضي به القانون في تصرفات المحجور عليهم ويبرر إجازة الإثبات بكافة الطرق في مثل هذه الحالات أنها تتضمن مانعا حال دون الحصول على ورقة الضد ، وهى تدخل بذلك في عموم نص المادة ، إذ أن المتعاقد الذي تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر ، أو لخلفه العام ، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل ، ولم تقرن محكمة النقض في ذلك بين ما إذا كان التحايل على أحكام القانون الآمرة لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الإضرار بالغير ، وبين ما إذا كان المقصود به هو الإضرار بالغير فقد باعتبار أن الصورية هنا تنطوي على غش وتحايل . (عزمي البكري ص٩٩٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية النسبية التي تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدني ، وهذه الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما اساسا وحكما فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه على ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع صورية مطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للإضرار بحقوقه ، وأغفل بحث دفاع الخصم بشأن إخفاء الرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهري لو صح لتغير وجه الرأى في الدعوى ، فإن الحكم يكون قاصرا في التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه " (الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٦) وبأنه " الوارث لا يعتبر في جكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض الموت فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام " (الطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه الى وارث آخر أو الى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن في هذا السند بأنه ينطوي على الإيصاء أو أنه صدر في مرض موت مورثه وأن تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى " (الطعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥) وبأنه " صورية البيع التدليسية تثبت بالقرائن في حق كل من مسه هذا التدليس ولو كان طرفا في العقد ، فإذا توفرت القرائن المثبتة للتدليس والاحتيال على استصدار هذا العقد صورة واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك ممن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كيما تحقق الصورية التي يقوم بها كان حكمها خاطئا وجاز لمحكمة النقض عند نقضها الحكم أن تستخلص ثبوت هذه الصورية التدلسية من الأوراق والتحقيقات التي كانت معروضة على محكمة الموضوع" (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٤/١٨) وبأنه " إذا الحكم المطعون فيه ، بعد أن ذكر أن العقد المتنازع على ماهيته مذكور فيه صراحة أنه عن بيع وفائي ، وقد عرض لتحري قصد المتعاقدين منه هل هو البيع الوفائي حقا أو هو الرهن ولكن أفرغ في تلك الصيغة سترا له ، فاستعرض ظروف الدعوى وما ساقه كل من طرفيها تأييدا لوجهة نظره ، ثم انتهى الى أن هذا العقد إنماي ستر رهنا ، مستخلصا ذلك من قرائن مؤدية إليه فلا سبيل من بعد الى إثارة الجدل حول هذه المسألة لكونها مما يتعلق بتحصيل فهم الواقع " (الطعن رقم ١٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥) وبأنه " ولا يقدح في هذا الحكم أنه إذا فعل ذلك قد أجاز إثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة ، مادام أن إخفاء الرهن وراء بيع وفائي هو غش وتحايل على القانون للتوصل الى الاستيلاء على تلك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس ، والصورية التي يكون هذا هو الغرض منها جائو إثباتها بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن " (الطعن رقم ١٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥) وبأنه " الموصى له بحصة في التركة لا يعتبر غيرا في معنى المادة ٢٢٨ من القانون المدني إذا هو ادعى بأن العقد الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه

ممثلا في شخص القيم عليه أن يدعيه ، ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاء بغش واحتيال على القانون كان إثباته بأى طريق من طرق الإثبات جائزا له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات ، لأنه مدع والبينة على من ادعى ، فإن هو أثبته سقطت حجية التاريخ العرفي للعقد ، وإن لم يثبته بقيت هذه الحجية " (الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٥) وبأنه " الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضي به من إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود " (الطعن رقم ١٦٨ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٥/١١) وبأنه " الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته وصية إضرارا بحقه في الميراث أو أنه صدر في مورض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات " (الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٤/٩)

- الآثار المترتبة على الصورية : يختلف الأثر المترتب على الصورية في حالة الصورية المطلقة عنه في حالة الصورية النسبية ، فإن كانت الصورية مطلقة ، فلا يكون للعقد الصوري الظاهر وجود في الحقيقة لأن هذه الصورية تنال من وجود العقد ذاته فتؤدي به الى العدم ، مفاد ذلك أن العلاقة فيما بين المتعاقدين يتعين النظر إليها كما لو كان العقد لم يبرم إطلاقا ، فالمالك يظل مالكا ولا يلتزم قبل المتعاقد الآخر بأى من الالتزامات التي يرتبها العقد يقابل ذلك أن المتعاقد الآخر لا يلتزم بدوره بأى من تلك الالتزامات ، أما إن كانت الصورية نسبية ، فإن العقد يكون موجودا إذ ترد هذه الصورية على نوع العقد أو على ركن أو شرط فيه أو على أحد المتعاقدين ، فالعقد موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان وأحلا محله كما صوريا ، فيلتزم المتعاقدان بكل الالتزامات التي يرتبها العقد فيما عدا الالتزامات التي تناولتها الصورية .
- الحكم الصادر في دعوى الصورية : الحكم الذي يصدر في دعوى الصورية لا يسري على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره الى الدائن ، فإذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم في الدعوى دائنا لأحد طرفى العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما في الدعوى ، وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فإن الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم ، والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موصوعية ، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض . (السنهوري ص٩٨٢)
- عدم تقادم دعوى الصورية : ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفى العقد الصوري ، أة من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاهر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها ، أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورية عقج بيع ، فإن هناك دعويين إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان . (السنهوري ص٩٨٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدعوى بطلب بطلات عقد البيع على أساس أنه يستر وصية ، وأن وصفت بأنها دعوى بطلات إلا أنها في حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادن لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية

الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحا مهما طالب الزمن " (نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ س٢٠ ص٤٥٠ ، نقض ١٩٧٣/٤/١٠ س٢٤ ص٥٥٧)

- أثر دعوى الصورية في قطع التقادم ، فقد قضت محكمة النقض بأن " لا ينقطع تقادم الدين الثابت بسند تنفيذي – سواء في ظل القانون المدني الجديد – إلا بالتنبيه الذي يصدر من الدائن الذي بيده السند التنفيذي لمدينه أو بالحجز عليه أو بالإقرار الذي يصدر من المدين بحق الدائن صريحا كان هذا الإقرار أو ضمنيا ، ومن ثم فإن ادعاء ذلك الدائن بصورية عقد بيع صادر من مدينه لآخر ورفعه دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم بحسب القانون ، ولا يشفع في اعتبار دعوى الصورية قاطعة للتقادم القول بأنها ليست من قبيل الإجرءاات التحفظية وأنها أقوى منها لأنها تمهد للتنفيذ ، ذلك لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقي الدعاوى والطرق التي قررها الشارع في القانون المدني لمحافظة على الضمان العام للدائنين ولا صلة لها بالطرق التنفيذية التي تكفل ببيانها قانون المرافعات ولا يمكن اعتبارها – مع التسليم بأنها تمهد للتنفيذ – بمثابة التنبيه القاطع للتقادم وهو ذلك التنبيه الذي نص عليه قانون المرافعات واعتبره من مقدمات التنفيذ ، ونتيجة لما تقدم فإن عدم رفع تلك الدعوى لا يمكن اعتباره إقرارا ضمنيا قاطعا للتقادم " (نقض ١٩٥٨/٣/١٣ س٩ ص١٨٧)
- نسبية حجية حكم الصورية : يخضع الحكم الصادر في دعوى الصولاية للقاعدة العام المقررة بالنسبة لحجية الأحكام ، فلا تتعدى حجيته من كان ماثلا فيه بشخصه أو بمن ينوب عنه ، والحكم الذي يصدر بصورية عقد لا تكون له حجية في دعوى مرفوعة بصحته ونفاذه ، طالما أن رافعها لم يكن ماثلا في دعوى الصورية حتى لو كان طرفا في العقد طالما لم يختصم في الدعوى الأخيرة ، أو كان العقد صادرا من المورث ولم يختصم في دعوى الصورية إلا بعض الورثة طالما أن أحد الورثة لم ينتصب في دعوى الصورية خصما عن باقي الورثة . (أنور طلبة ص٥٨٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يوجب القانون في دعوى الصورية – المرفوعة من المشتري الأول وهو أحد ورثة البائع – اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر في الدعوى حجية عليهم دون أن يؤدي ذلك في بطلان الحكم . لما كان ذلك ، فإنه لا يقبل من الطاعن – المشتري الأول – التحدي بعدم اختصام ورثة البائع له " (نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ طعن ١٦١ س٣٨ق) وبأنه " الحكم الذي يقضي بناء على طلب الدائن بصورية العقد الصادر من مدينه للغير ، لا يكون حجة على صورية هذا العقد في دعوى المنازعة في صحته التي تقوم فيما بعد بين طرفيه لاختلاف الخصوم في الدعويين " (نقض ١٩٧٢/٣/١٦ س٢٢ ص٤٢٤ ، نقض ١٩٤٦/٥/٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٤)

- تسجيل العقد أو إثبات تاريخه لا يمنع من الطعن عليه بالصورية : من المقرر أن تسجيل العقد لا يسلب من اكتسب من البائع حقا على المبيع كالمشتري الثاني أن يطعن بالصورية المطلقة على عقد البيع الصادر للمشتري الأول من نفس البائع أو من خلفه رغم تسجيله ، ذلك أن التسجيل لا يصحح عقدا باطلا وليس من شأنها أن يجعل العقد الصوري عقدا حقيقيا ، فضلا عن أن التسجيل وحده ليس من شأنه أن ينقل الملكية بل يشترط أن يكون قد ورد على عقد جدي . (الدناصوري والشواربي ص٢٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا مجال لإعمال الأسبقية في التسجيل إذا كان أحد العقدين صوريا صورية مطلقة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة الى أن عقد الطاعنة صوري صورية مطلقة ، فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المطعون عليه استنادا الى أسبقية تسجيل صحيفة دعواها " (نقض ١٩٧٣/٢/٦ س٢٤ ص١٤٤) وبأنه " وإذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا " (نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ س١٦ ص٦٥٥) وبأ،هـ " المفاضلة بين عقدى بيع صاردين

من مالك واحد بأسبقية التسجيل لا تكون إلا بين عقدين صحيحين " (نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ س١٦ ص٦٥٥) وبأنه " متى كان العقد صوريا ، فإنه لا يكون له وجود قانونا ، فتسجيله وعدمه سيان ، ولكل دائن أن يتجاهله ت تسجيله ولو كان دينه لاحقا عليه " (نقض ١٩٤٦/٤/٢٥ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه " الملكية لا تنتقل التسجيل وحده ، وإنما هى تنتقل بأمرين : أحدهما أصلي وأساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعي ومكمل وهو التسجيل ، فإذا انعدم الأصل فلا يغني عنه المكمل ، وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل " (نقض ١٩٤٦/٦/٣ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه " لا مجال لإعمال ألأسبقية في تسجيل صحيفتى دعويي التعاقد إذا كان أحد العقدين صوريا صورية مطلقة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن عقد الطاعن صوري صورية مطلقة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن عقد الطاعن صوري صورية مطلقة ، فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استنادا الى أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة عقد الطاعن" (نقض ١٩٧٠/٥/٢١ س٢١ ص٨٨٦ ، نقض ١٩٧٦/٤/١٣ طعن ٤٣٩ س٤٢ق) وبأنه " القانون لا يمنع المشتري الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل ، لأنه بوصف كونه دائنا للبائع في الالتزامات الشخصية المترتبة على عقد البيع ، وأهمها الالتزام بنقل الملكية يكون من حقه التمسك بتلك الصورية لإزالة العقبة القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ، فمن يرفع الدعوى بصحة التعاقد ، له أن يضمنها طلب بطلان العقد المسجل من قبل لمصلحة غيره لكى يخلص له طريق نقل الملكية بتسجيل الحكم الذي يصدر له بصحة التعاقد " (نقض ١٩٤٣/٦/٣٠ جـ١ في ٢٥ سنة ص٣٨١ ، نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ طعن ٣٦٨ س٤٥ق) وبأنه " العقد الصوري يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل ، فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وبإبطال البيع الآخر الذي سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصورينه المطلقة ، فقضت له المحكم بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل ، فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفي غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيق لاحقا لتاريخ العقد المسجل " (نقض ١٩٤٣/١١/٢٥ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه " يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع – كمشتر ثان – أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القامة في سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقدا جديدا ، كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدي ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة الى التصرف الصوري الصادر من البائع له الى مشتر آخر " (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٦) وبأنه " إذ كان القانون لا يمنع المشتري الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة ولو كان مسجلا ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يتمكن من تسجيل عقده هو أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ، وكان الحكم المطعون فيه قد امتنع عن تحقيق ما تمسك به الطاعنون من صورية عقد البيع الصادر الى المطعون ضده الأول من مورث باقي المطعون ضدهم عن ذات المساحة المباعة لهم من نفس البائع على أساس أن عقد المطعون ضده الأول المشار إليه قد انحسم النزاع بشأنه بعد حلفه اليمين الحاسمة التي ردها عليه البائع مورث باقي المطعون ضدهم بما لا يجوز معه للطاعنين العودة الى مناقشة هذا العقد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بتعديه أثر هذه اليمين الى غير من وجهها ومن وجهت إليه " (الطعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦)

- عدم تجزئة الدعوى الصورية : من المقرر أن دعوى الصورية وبالتالي العقد الصوري كلاهما لا يقبل التجزئة فلا يصح القول إن العقد صوري بالنسبة لبعض الخصوم وغير صوري بالنسبة للبعض الآخر ، وعلى ذلك إذا طعن من بعض الخصوم على العقد بأنه صوري بالنسبة لهم ، فيتعين على المحكمة أن تبحث العقد جميعه ولا تقتصر على نصيب الطاعنين فقط ، إذ أن العقد إما أن يكون

صوريا بالنسبة للجميع أو حقيقيا (الدناصوري والشواربي ص٢٤٥) ويظهر ذلك عند اتحاد الخصوم في مركز قانوني واحد كالورثة ، وطالما كانت دعوى الصورية غير قابلة للتجزئة وجب اختصام جميع من كان ماثلا أمام محكمة الدرجة الأولى عند رفع استئناف عن الحكم ، سواء كانوا محكوما لهم أو محكوما عليهم ، وإلا وجب على المحكمة الاستئنافية تكليف المستأنف بإدخالهم ولو بعد الميعاد (عزمي البكري ص١٠١٨) غير أن دعوى الصورية قد تكون قابلة للتجزئة إذا وردت على تصرف يقبل محله التجزئة كأرض فضاء أو زراعية ، إذ يجوز تجزئتها بحيث ينفذ العقد في القدر الذي لا يمس حقوق متصرف إليه آخر . (أنور طلبة ص٢٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس الى المطعون عليهم الخمسة الأول ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع في مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذي انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة ، وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره ، فإنه لكى يكون الطعن مقبولا في هذه الحالة يجب أن يختصم فيه كل من البائع والمشترين في العقد المطعون فيه بالصورية " (نقض ١٩٥٢/٢/٧ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٦ ، نقض ١٩٤٥/٣/١١ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٦) وبأنه " إذا كان الطاعن قد وجه دفعه بصورية عقد البيع الصادر لمورث المطعون عليهم وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع في مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا ، وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذي انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة ، وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره ، فإن بطلان الطعن بالنسبة للمطعون عليهم الخمسة الأولين ، يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعون عليه السادس مما يتعين معه بطلان الطعن برمته " (نقض ١٩٧٤/٣/٢٨ س٢٥ ص٥٩٨)

- تقدير قيمة دعوى الصورية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كانت باقي طلبات المطعون ضده الأول – المتعلقة بشطب التسجيلات وإلغاء كافة الآثار المترتبة على العقد واعتباره كأن لم يكن – لم يدر حولها نزاع مستقل عن الطلب الأصلي ببطلان عقد البيع وإلغائه لصوريته صورية مطلقة فإنها تعتبر طلبات مندمجة فيه ولا أثر لها على تقدير قيمة الدعوى التي تقدر بقيمة الطلب الأصلي وحده وفق الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨ من قانون المرافعات " (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن ٢٩٤ س٤٠ق)
- مقارنة الدعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة :
- أوجه الشبه : تتشابه دعوى الصورية مع الدعوى غير المباشرة في الشروط والأحكام ، فقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة ، ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة ، وحتى تضع دعوى الصورية الى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا ، فلدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين ، ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر ، فيصل الى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين . (السنهوري ص٩٩)
- أوجه الخلاف : تختلف دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة فيما يلي : ١– وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة الى إثبات إعسار المدين ، أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصح معسرا أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد ، ٢– إذا

اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطيع المشتري أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد نيابة عن المدين ، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع ولو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر ، ٣- إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين ، ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ، أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته خمسمائة جنيه ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوبا . (السنهوري ص٩٩٤ وما بعدها)

- مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية :
- أوجه الشبه : هناك شبه واضح بين الدعويين ففي كلتيهما يحاول المدين أن يتوقي تنفيذ الدائن على ماله ، فيتصرف في هذا المال تصرفا جديا أو تصرفا صوريا ، وفي كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن ، ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك ، ففي دعوى الصورية المدين في ماله تصرفا جديا ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثرا إلا بالنسبة الى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل ، أما في الدعوى البوليصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفا جديا ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة الى الدائنين ، هذا الى أن الدائن في دعوى الصورية يرمى الى استيفاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البوليصية فيرمى الى إدخال شيء من ملك المدين ، وتختلف الدعويان ، في أحكامهما التفصيلية من وجوه عدة ، نذكر منها : ١- دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البوليصية فلا يرفعها إلا الدائن ، ٢- في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، فالدائن الى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى ، أما في الدعوى البوليصية فلا يكفي خلو حق للدائن من النزاع ، بل يجب أيضا أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، ٣- في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري . أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه ، ٤- في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كانت التصرف الصوري ، يفرض أنه جدي ، لا بسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا إطلاقا ، لأن الدائن في هذه الدعوى بطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر . أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يثبت الدائن أن التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره ، ٥- في دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضا آخر قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البوليصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذي بيناه ، ٦- دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه من الزمن ، أما الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى ، ٧- في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صوريا للمشتري . أما في الدعوى البوليصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي ، ٨- في دعوى الصورية إذا تناوع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشتري قدم دائن المشتري إيثارا للعقد الظاهر ، أما في دعوى البوليصية فإنه إذا باع المدين عينا إضرارا بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشتري . (راجع فيما تقدم السنهوري ص٩٩٣ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدني يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البوليصية وإما بدعوى الصورية ، والدعويان وإن كانتا تتفقات من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض ، ففي الدعوى البوليصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما في دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها ، عنه آخر أو نفذ عليها دائن له كان ذلك صحيحا ، وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التي يتحقق بها غرضه ، فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته ، وكانت مع ذلك قد عرضت في أثناء البحث الى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيدا لا يستوجب نقض الحكم ، ثم إن مدعى الصورية له أن يضم الى طلب ملكيته للأرض موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذي حصل فيها ، وفي هذه يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وإبطال التصرف لثبوت صوريته سليما ، ثم أنه إذا كان الحكم مؤسسا على الصورية فإن البحث في أسبقية دين نازع الملكية (الطاعن بالصورية) على التصرف لا يكون له محل " (الطعن رقم ٣١ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٤٠/١٢/١٢) وبأنه " دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال الى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل الى الدعوى الأخرى " (نقض ١٩٧١/٢/٢٥ طعن ٢٤٥ س٣٦ق) وبأنه " العلة في وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولاً حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة ، ليحاول إثبات الصورية أولاً ثم ينتقل إن هو أخفق فيها الى عدم النفاذ" (نقض ١٩٧٧/٥/٤ س٢٨ ص١١٢٥ ، نقض ١٩٧١/٢/٢٥ س٢٢ ص١٢٨ ، نقض ١٩٣٦/١١/١٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٤٩) وبأنه " وإن كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف ، مما يقتضي البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مذكرة المطعون ضدها الأولى أمام محكمة الدرجة الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا ، إذ طلبت الحكم بعدم نفاذ عقد البيع الصادر الى الطاعنة من مورث باقي المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وأن العقد صوري محض وقصد به تهريب أمواله وعلى فرض أنه جدي فإنه إنما عقد للإضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ من القانون المدني ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقدم ذكره ، وبالتالي فإن طلب الصورية كان معروضا على محكمة الدرجة الأولى وإغفالها الفصل فيه لا يجعله طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف " (نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٥ ص٧٧٣)

《 المـــادة ٢٤٦ 》

" لكل من التزم بأداء شئ أن يمنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به . أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه .

ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتي يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٧ سوري ، المادة ٢٤٩ ليبي ، المادة ٢٨٠-٢٨٢ عراقي ، المواد ٢١١ و٢٧٢ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي ، وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات فأصبح النص مطابقا ، وصار رقمه ٢٥٨ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، وفي لجنة مجلس الشيوخ اعترض بأن النص يقرر مبدأ جديدا ، لأنه يصور حق الحبس في أوسع نظرياته ، ورد على هذا الاعتراض بأن النظرية التي أخذ بها النص ليست نظرية جديدة بل هى نظرية الدفع بعدم التنفيذ ، على أن حق الحبس لا يتوافر بمجرد أن يقع شيء للمدين صدقة في يد الدائن ، بل يجب أن تتوافر شروط معينة ، وحكم النص ليس جديدا ، بل يوجد ما يماثله ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاعتراض ، وأقرت النص كما هو تحت رقم ٢٤٦ ث أقره مجلس الشيوخ دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٥٠ ، ٦٥١ ، ٦٥٣)

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **" صور المشروع حق الحبس تصويرا يكشف عن حقيقته ، فجعل منه مجرد دفع من الدفوع ، لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ، ثم أنه استعاض عن بيان أحوال الحبس على سبيل الحصر بإيراد قاعدة عامة ، لها من السعة ما يؤهلها لأن تتناول جميع التطبيقات التي يملى العقل فيها وجوب تخويل هذا الحق ، ويفترض الحبس أن دائنا تقوم به في الوقت ذاته صفة المدين قبل مدينه ، فهو من هذا الوجه لا يعدو أن يكون توسعا في فكرة المقاصة ، وليس يمتنع أن تتسع هذه الفكرة حتى تتمثل ، عند التطبيق ، في صورة حجز يوقعه المدين تحت يد نفسه ، والجوهري في نظام الحبس بأسره ، هو وجوب توافر الارتباط بين دينين ، فللمتعاقد في العقود التبادلية أن يحتبس ما يلزم بأدائه حتى يوفى المتعاقد الآخر بالتزامه ، باعتبار توافر الارتباط بين الالتزامين ، على نحو لا يحتاج الى بيان ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، وهو في جملته ليس إلا تطبيقا خاصا من تطبيقات حق الحبس ، ومن تطبيقات حق الحبس كذلك ما يعرض عند اتفاق الحائز مصروفات ضرورية أو نافعة على الشئ الذي يكون في يده ، فمثل هذا الحائز ملزما برد الشيء الى مالكه ، ولكن من حقه في الوقت نفسه ، أن يتسأدى ما أنفق من تلك المصروفات ، فثمة التزامات مرتبطان على وجه التبادل أو القصاص ، يتفرع على ارتباطهما هذا إثبات حق صاحب اليد في أن يحبس الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون قد أحرز هذا الشيء بوسيلة غير مشروعة كالسرقة مثلا .**

《 الشـــرح 》

- المقصود بحق الحبس : **يقصد بالحق في الحبس (droit de rétention) أن لكل من يقع عليه التزام أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بمناسبة التزام المدين ومرتبط به ، أى أن الحق في الحبس يفترض وجود التزامين كل منها مترتب على الآخر ومرتبط به ، سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني كالعقد أو الواقعة القانونية مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني كالعقد أو الواقعة القانونية كالإثراء بلا سبب ، ففي البيع مثلا التزام كل متعاقد**

مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر ، ولذا فلكل من البائع والمشتري أن يحتبس ما يلزم بأدائه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه ، وفي الحيازة ، يلتزم الحائز ، برد الشيء الى مالكه ، ولكن إذا كان قد اتفق مصروفات ضرورية أو نافعة على الشيء ، فله أن يحتسبه حتى يتأدى من المالك ما أتفق من هذه المصروفات ، والعلة في هذا هى ما بين التزام واضع اليد والتزام المالك من ارتباط ، وفكرة الارتباط هذه هى التي يستند إليها الدفع بعدم التنفيذ الذي يعتبر مجرد تطبيق للحق في الحبس في العقود التبادلية (أنور سلطان) فالحبس إذن وسيلة يراد بها حمل المدين على تنفيذ التزامه ، وهوي يبدو وسيلة طبيعية يقرها العقل لأول وهلة ، فأول ما يخطر للدائن ، إن كان مدينا في نفس الوقت بأداء شيء لمدينه ، هو أن يحبس ما في يده حتى يقضي له حقه . كما أن لحق الحبس ما يبرره من مقتضيات العدالة وحسن النية ، فليس من المقبول أن يطالب مدين دائنه بأن يؤدي إليه ما التزم به قبل أن يوفى هو بدينه . (إسماعيل غانم ص٢٢٤ ، عبد المنعم البدراوي ص٧١٥)

- شروط الحق في الحبس : يشترط لتوافر الحق في الحبس توافر الشروط الآتية :

الشروط الأول : وجود التزام على الحابس بأداء شيء : الأصل أن جميع الأشياء من الممكن حبسها سواء أكانت من العقارات أم من المنقولات ، وسواء أكانت من القيميات أم من المثليات ، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل الأموال العامة ، لأن في حبسها تعطيل للمنفعة التي خصصت لها هذه الأموال ، كما يستثنى منه الأشياء غير القابلة للحجز كأجوز الخدم والصناع والعمال ومرتبات المستخدمين فيما زاد على الحد الجائز الحجز عليه وهو الربع (م٤٨٨ مرافعات) لأنه يترتب على حبسها فيما زاد على هذا الحد تفويت الغرض الذي قصده المشرع من تقرير عدم قابليتها للحجز عليها ، وبالمثل لا يجوز حبس الأشياء التي قرر المشرع عدم جواز الحجز عليها إلا لاقتضاء ديون معينة ، إذا كان الحبس بغرض استيفاء غير ذلك من الديون فمثلا الكتب اللازمة لمهنة المدين وأودات الصناعة التي يستعملها بنفسه في عمله ، لا يجوز الحجز عليها إلا لاقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة (م٤٨٥ مرافعات) وعلى ذلك لا يجوز حبسها إلا في دين من هذه الديون فقط (أنور سلطان ص٢٢٢) وليس من الضروري أن يكون الشيء المحبوس مملوكا للمدين ، فقد يكون مملوكا للدائن الحابس نفسه وعليه التزام بأدائه فللمؤجر مثلا وهو مالك للعين المؤجرة أن يحبسها عن المستأجر حتى يستوفى ما اشترط تعجيله وقد يكون الدائن الحابس مجرد حائز عرضي ليس لديه نية التملك ، مثال ذلك المستأجر والمودع لديه والمستعير الذين أنفقوا مصروفات على الشيء مما يجوز لهم قانونا استردادها من المالك ، فلهؤلاء جميعا أن يحبسوا الشيء الموجود في حيازتهم ، وقد اتسعت الفقرة الثانية من المادة لهؤلاء جميعا حين أشارت الى حائز الشيء أو محرزه ، ويشترط ألا يكون الدائن الحابس قد توصل الى وضع يده على الشيء بطريقة غير مشروعة كالسرقة أو النصب ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة على حرمان حائز الشيء أو محرزه من الحق في حبسه إذا كان التزامه برده ناشئا عن عمل غير مشروع ، وعلى ذلك فمن يسرق منقولا أو يغتصب عقارا ثم يقوم بإنفاق مصروفات ضرورية عليه يكون مدينا برده الى مالكه ودائنا بما أنفق من مصروفات ، ولكن ليس له أن يحبس الشيء حتى يستوفى ما أنفق (عزمي البكري ص١٠٣٤) وعلى ضوء ذلك فإن الحائز سيء النية يكون له الحق في الحبس إذا لم يكن قد توصل الى وضع يده على الشيء بطريق غير مشروع ، وذلك يرجع الى أن العبرة طبقا لصريح نص الفقرة الثانية من المادة بأصل وضع اليد لا بنية الحائز ، وعلى ذلك فقد يكون الحائز سيء النية يعلم أن حيازته اعتداء على حق للغير ، ولا يكون التزامه بالرد مع ذلك ناشئا عن عمل غير مشروع ، مثال ذلك وكيل يظهر بمظهر المالك للشيء الذي تسلمه بمقتضى الوكالة ، ويلتزم بوصفه مالكا بإنفاق مصروفات عليه ، أو مستأجر يبنى في الأرض المؤجرة دون علم المؤجر ، فالتزام كل منهما بالرد لم ينشأ عن عمل غير مشروع بل مصدره عقد الوكالة أو الإيجار ، ولذلك كان لكل منهما أن يحبس ما في يده الى أن يستوفى ما هو مستحق له في مقابل المصروفات أو البناء . (نبيل إبراهيم سعد ص١٦٥ ، عبد المنعم البدراوي ص١٨٥) ،

الشرط الثاني : وجود حق الحابس مستحق الأداء في ذمة المدين : لما كان الغرض من الحق في الحبس هو حمل المدين على تنفيذ التزامه قبل الحابس ، وجب أن يكون هذا الالتزام الأخير

التزاما مدنيا ، حل ميعاد الوفاء به ، غير متنازع فيه ، فمن ناحية أولى ، يشترط في حق الحابس أن يكون مقابلا لالتزام مدني لا لالتزام طبيعي ، لأن في الحبس إجبار غير مباشر على التنفيذ ، ولا جبر في تنفيذ الالتزام الطبيعي ، على ما سبق ذكره ، ومن ناحية ثانية : يشترط في حق الحابس أن يكون مستحق الأداء في الحال ، ولهذا يتعين استبعاد الحبس إذا كان الالتزام المقابل لحق الحابس معلقا على شرط واقف أو مضافا الى أجل واقف ، على أنه لا يجوز أن يقاس على الأجل المشترط للتنفيذ نظرة الميسرة التي يمنحها القاضي للمدين ، أو لأجل الذي يتبرع به الدائن لمدينه ، ما لم يثبت هذا المدين أن الدائن بمنحه أجلا جديدا قد أراد التنازل عن حقه في الحبس ، أو كانت هذه النية مفترضة في جانب الدائن بنص خاص في القانون كنص المادة ١/٤٥٩ التي تقرر أنه " إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلا بعد البيع . (أنور سلطان ص٢٢٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " يشترط لجواز حبس الالتزام استنادا الى الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاما مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا فإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن يحبس التزامه استنادا الى هذا الدفع " (الطعن رقم ٣٧٩ لسنة ٣٢ق س١٧ ص٢٠٤٥ جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩ ، الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٣/١/٢) وبأنه " يشترك لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا بأكان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع " (الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق س٢٠ ع٢ ص١١٩ جلسة ١٩٦٩/٧/٣ ، الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٢ق س١٧ ق٥٠٤ جلسة ١٩٦٦/٣/٣ ، الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٠٩٩ جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨) وبأنه " الحق في الحبس – وفقا لما جرى به نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني – يثبت للدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين طالما أن التزامه بتسليم الشيء مرتبط بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومترتب عليه مادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن مقدرا بعد وهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء " (الطعنان رقما ٢٦٠٢ ، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

ويشترط أن يكون حق الحابس محقق الوجود ، فلا يجوز الحبس اقتضاء لحق متنازع فيه منازعة جدية ، فمثلا لا يجوز للمودع لديه أن يحبس الوديعة حتى يستوفى تعويضا يدعى أنه دائنا به إذا كانت دعوى التعويض لم يفصل فيها بعد ، ويشترط البهض في حق الحابس أن يكون تاليا في الوجود أو بالأقل معاصرا لحيازته للشيء المحبوس ، أى لا يجوز أن يكون سابقا على الحيازة ، لأن فكرة الضمن التي يقوم عليها الحق في الحبس ، لا تتعلق بنية الطلافين ، بل تتوقف فقط على سبق قيام الحيازة كواقعة مادية . فمثلا إذا تسلم صانع بموجب عقود متتالية أشياء لصنعها ، فلا يجوز له أن يحبس الأشياء التي تسلمها بموجب عقد لاحق لضمان استيفاء ما هو مستحق له بموجب عقد سابق ، لانعدام الارتباط بين الالتزامين في مثل هذه الحالة ، ولكن الواقع أن الحالة التي واجهها هذا الرأة تفترض أن الشيء قد عاد الى حيازة من يلتزم بتسليمه بعد أن كان قد خرج من حيازته ، وعندئذ لا يكون له أن يحبسه ضمانا لحق سابق على عودته الى حيازته إذا كانت عودته لسبب آخر . إلا أن هذا لا يجرع في الحقيقة الى أنه يشترط في حق الحابس أن يكون معاصرا لحيازته لما يحبسه ، وإنما لأن الحق في الحبس ينقضي بخروج الشيء من حيازة من يتقرر له هذا الحق ، وبذلك لا تكون بصدد شرط من شروط حق الحابس ، وإنما بصدد سبب من أسباب انقضاء هذا الحق ، ولهذا فإنه إذا كان الشيء لم يخرج من حيازته المدين بتسليمه فإنه يكون له أن يحبسه ضمانا لحق سابق على حيازته له . فمثلا يكون للوكيل أن يحبس ما يوجد تحت يده من أموال الموكل ولو كانت حيازته لهذه الأموال لاحقة على حقه في اقتضاء ما أنفقه من مصروفات لحساب الموكل (أنور سلطان ص٢٢٨) غير أنه لا يشترط لحبس الشيء أن يوجد تناسب بين قيمته وبين

قيمة حق الحابس ، بل يجوز الحبس ولو كان التفاوت بين القيمتين كبيرا ، وبالمثل يجوز الحبس ولو كان الدائن فقد نفذ التزامه تنفيذا جزئيا (إسماعيل غانم ص١٦٧)

الشرط الثالث : وجود ارتباط حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء : لا يكفي لقيام الحق في الحبس أن يحوز الدائن شيئا واجب الأداء لمدينه ، بل يجب أن يكون هناك ارتباط بين الالتزامين أو بعبارة أخرى أن يكون حق الحابس قد وجد بمناسبة التزامه بالرد ، ويفرق الفقه الحديث الآن بين نوعين من الارتباط وهما : الارتباط المعنوي أو القانوني **(connexité intellectuelle ou juridique)** والارتباط المادي أو الموضوعي **(connexité matérelle ou objective)** (أنور سلطان ص٢٢٩) والارتباط المعنوي أو القانوني هو الذي ينشأ عن علاقة قانونية تبادلية ما بين الدينين ، سواء كانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية ، ذلك أن الارتباط يوجد ، أول ما يوجد ، ما بين التزامين متبادبين في عقد ملزم للجانبين ، فكل التزام من هذين سبب للالتزام الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في السبب ، وعدم تنفيذ أى التزام منهما قد يؤدي الى فسخ العقد ، وهو على كل حال يبيح للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا هو الحق في الحبس في صورة الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ويبقى الارتباط قائما على أساس علاقة تبادلية ، حتى لو فسخ العقد أو أبطل ، وأصبح واجبا على كل من المتعاقدين أن يرد الآخر ما أخذ منه ، فكل من هذين الالتزامين مرتبط بالالتزام الآخر ارتباطا تبادليا وأن لم تكون العلاقة بعد انحلال العقد علاقة تعاقدية وينبني على ذلك أن كلا من الطرفين له أم يمتنع عن رد ما أخذه من الآخر ، حتى يسترد منه ما أعطاه (السنهوري ص١٠١٢) أخيرا قد تقوم العلاقة التبادلية غير مستندة الى عقد قائم أو منحل ، ففي الفضالة مثلا يلتزم الفضولي يرد ما استولى عليه بسبب الفضالة (م١٩٣) ومصدر هذا الالتزام هو القانون ، كما يلتزم رب العمل برد النفقات الضرورية أو النافعة التي تحملها الفضولي وبتعويضه عما لحق من ضرر بسبب قايمه بالعمل (م١٩٥) ومصدر هذا الالتزام هو الإثراء بلا سبب ، ولكن لما كان كل من الالتزامين قد نشأ بمناسبة الالتزام الآخر ، جاز لكل طرف أن يحبس ما في يده حتى ينفذ الطرق الآخر التزامه . (أنور سلطان ص٢٣٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " حق الحبس وفق المادة ٢٤٦ من القانون المدني يثبت للدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء لمدينه فيمتنع عن تسليمه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين ، طالما أن التزامه بتسليم الشيء مرتباط بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومترتب عليه ، مادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن بعد مقدار ، وحق الحبس بهذه المثابة يختلف عن المقاصة التي يكون سببا لانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، ذلك أن حق الحبس يظل معه الدينان قائمين ويعد وسيلة استيفاء " (الطعن رقم ٣١ لسنة ٣٦ق س٢١ ص٤٥٩ جلسة ١٩٧٠/٣/١٧ ، ونفس المبدأ الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ق س٢٤ ص١٢٨٧ جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ ، الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٣٩ق س٢٥ ص١٢٧٨ جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ ، الطعن رقم ٦٩ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٢ ص٤٨٨ جلسة ١٩٧٩/٥/٣١) وبأنه " حق الحائو في حبس العقار – مقرر تنفيذا للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني – من أن لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ومن ثم فإن للحائو أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذه الحق لا يسري على من يشهر حقه من أصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت الحائز الحق في حبس الغير ، لأن الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطي لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم " (الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠ س٢٩ ص٩٣٢، الطعن رقم ٨٨٥ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ ق٣٦ ع٢ ص١٢٥٨) وبانه "إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بحقها في حبس التأمين – المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل – تبعا للرهن الحيازي المقرر لها عليه تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات ، فإن هذا الدفاع يكون سببا جديدا لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع " (الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٣/٣ س٢٤

ص٣٧٢) وبأنه " التزام المشتري برد العقار المبيع بعد فسخ البيع إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن ، وأن التزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة مقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ، بما مؤداه أن من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتي ستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن " (الطعن رقم ٣٢١ جلسة ١٩٧٢/٤/١٨ س٢٣ ص٧٢١) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن المشرع لا يكتفي في تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين ، وإنما يشترط أيضا قيام ارتباط بينهما ، وفي الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشيء المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات هذا الشيء . أما المصروفات التي لا تتفق على ذات الشيء المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتباط بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يمتنع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة اقتضاء مثل هذه المصروفات ، فإذا كان الدين الذي اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق في حبس السيارة حتى يستوفى يتمثل في قيمة أجرة السائق التي قام المطعون عليه دفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل في نطاق المصروفات التي تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها " (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ س١٤ ص٩٦٤٦) وبأنه " الحق في الحبس – وفقا لما جرى به نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني – يثبت للدائن الذي يكون ملتزما بتسليم شيء لمدينه فيمتنع عن تسلميه حتى يستوفى حقه قبل هذا المدين طالما أن التزامه بتسليم الشيء مرتبط بسبب الحق الذي يطلب الوفاء به ومترتب عليه ومادام أن حق الدائن حال ولو لم يكن مقدرا بعد وهو وسيلة ضمان دون أن يكون وسيلة استيفاء " (الطعنان رقما ٢٦٠٢ ، ٢٦٨٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩) وبأنه " لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف – في المذكرتين المقدمتين منه بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٥ ، ١٩٩٨/٥/٥ – بحقه في حبس الباقي من ثمن الشقة خشية أن ينتزعها الغير من تحت يده ، وقدم تدليلا على جدية هذا السبب كشفا رسميا صادرا من الضرائب العقارية ثابت فيه أن العقار الكائن به شقة التداعي مملوك لغير البائع له – المطعون ضده – وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن هذا الدفاع إيرادا وردا على الرغم من أنه دفاع جوهري من شأنه – لو صح – أن يتغير به وجه الرأة في الدعوى ، واقتصر على بحث الشرط الفاسخ وخلص الى تحققه ، ورتب على ذلك قضاءه بتأييد ما قضت به محكمة أول درجة من فسخ عقد البيع وتسليم الشقة الى المطعون ضده فإنه يكون قد ران عليه القصور المبطل مما يعيبه " (الطعن رقم ٣٢٠٣٠ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩)

أما الارتباط الموضوعي أو المادي ينشأ لا عن علاقة تبادلية ما بين الدينين ، بل عن واقعة مادية وهى أن الشيء المحبوس – والالتزام برده هو أحد الدينين – قدنشأ بمناسبته ومرتبطا به **(à lòcasion et en connexitè)** الدين الآخر . فالحائز ، إذا لم تكن بينه وبين المالك أية علاقة غير الحيازة ، ملزم برد الشيء في حيازته الى المالك ، وقد يصبح دائنا للمالك – بمناسبة هذا الشيء وهذه واقعة مادية – بالمصروفات التي أنفقها على الشيء أو بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من الشيء ، ومن هنا وجد الارتباط المادي أو الموضوعي ما بين الدينين ، فحق الحائز قد نجم عن الشيء ذاته الذي يجب عليه رده **(debitum cum re junctum)** ومن ثم جاز له أن يحبس هذا الشيء حتى يسترد المصروفات أة يتقاضى التعويض . أما إذا لم يقم ما بين الدنين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي ، فقد اختل الشرط الثاني للحق في الحبس ، ولم يجز للدائن استعمال هذا الحق ، ومجرد وجود التزامين متقابلين بين شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له ، لا يكفي لوجود ارتباط ما بين هذين الالتزامين ، وإن كان هنا ميل عند بعض الفقهاء للقول بأن هذا كاف ، وأن التقابل ما بين الدنين لا الرابطة بينهما هو الذي نقف عنده لإعطاء الدائن الحق في الحبس ، على أنه إذا لم يقم بين الدنين ارتباط قانوني أو ارتباط مادي على النحو الذي بسطناه ، فقد يخلق الاتفاق بين الطرفين هذا الارتباط ، فيتفقات على أن الالتزامات المتقابلة فيما بينهما يجمعها كلها حساب جار غير قابل للتجزئة ، فترتبط التزامات كل منهما بالتزامات الآخر ، ويجوز عندئذ لأى منهما أن يحبس ما في ذمته من التزامات للآخر حتى يستوفى ما له من حقوق عنده ، ولكن لما كان مثل هذا الاتفاق أثره مقصور على الطرفين ، فإنه لا يسري في حق الغير ، وكما

يخلق الاتفاق الارتباط ما بين الدنين ، فقد يخلق خذا الارتباط أيضا نص في القانون ، وقد قضت المادة ٣٦٩ من التقنين التجاري الألماني والمادة ٨٩٥ فقرة ثانية من التقنين المدني السويسري بقيام ارتباط ما بين الالتزامات التجارية المتقابلة فيما بين التاجرين . (السنهوري ص١٠١٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن لحائز الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ، يسوي ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون هذا النص الحق في الحبس للحائز مطلقا ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون " (الطعن رقم ٢٣٩ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ س٢٤ ص١٢٨٧) وبأنه " إذا كان الطاعن قد أورد في مذكرته أمام محكمة الاستئناف والمعلنة الى المطعون عليها قوله "للطاعن الحق في حبس العين المبيعة تحت يده مقابل المصروفات التي أنفقها في إصلاح الأطيان وردمها" ، وكان هذا الدفاع يختلف في أساسه عن الدفاع الذي أبداه الطاعن أمام محكمة أول درجة بأنه اتفق مع البائعة على خصم المصروفات التي ينفقها على الأطيان المبيعة من الثمن وقد ردت تلك المحكمة في حكمها على هذا الدفاع بما ينفيه ، وكانت المادة ٢٤٦ من القانون المدني إذ أوردت في الفقرة الأولى منها القاعدة العامة في حق الحبس قد نصت بفقرتها الثانية على إحدى حالاته البارزة فقالت "يكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع" ، وإذ أغفل الحكم المطعون فيه إعمال حكم هذا النص بشأن دفاع الطاعن المشار إليه لبيان مدة انطباقه عليه وما يحق للطاعن حبسه وفقا للقانون مما قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى وقضى الحكم بتسليم الأطيان المبيعة الى المطعون عليها الأولى ، فإنه يكون مشوبا بالقصور " (الطعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠) وبأنه " حق الحائز في حبس العقار – مقرر تنفيذا للحق في الحبس الذي نصت عليه المادة ١/٢٤٦ من القانون المدني من أن لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا ، ثم فإن للحائز أن يحتج بالحق في حبس العقار في مواجهة الغير ومن بينهم الخلف الخاص للبائع ، إلا أن هذا الحق لا يسري على من يشهر حقه من اصحاب الحقوق العينية قبل أن يثبت للحائو الحق في حبس العين لأن – الحق في الحبس لا يختلط بالحقوق العينية ولا يشاركها في مقوماتها ولا يعطي لحائز الشيء الحق في التتبع والتقدم " (الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/٣٠) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد ما نصت عليه المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن لحائو الشيء الذي أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له وأن القانون أعطى هذا الحق للحائو مطلقا " (الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/١/١٨) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن لحائز الشيء الذي أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة حق حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ، يستوي في ذلك أن يكون الحائو حسن النية أو سيئها ، إذا أعطى القانون بهذا النص الحق في الحبس للحائز مطلقا ، وبذلك يثبت لمن أقام منشآت على أرض في حيازته الحق في حبسها حتى يستوفى التعويض المستحق له عن تلك المنشآت طبقا للقانون ، وكان الطاعن الأول قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأنه كان يضع يده على العقار المشفوع فيه باعتباره مستأجرا ثم بوصفه شفيعا بالحكم الصادر له في الدعوى ، وأن من حقه حبس العقار حتى يسترد من الشفيع قيمة البناء الذي شيده ، وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وقضى بالتسليم بقوله "وحيث إنه عن الطلب الخاص بحبس الأرض المشفوع فيها عملا بالمادة ٢٤٦ من القانون المدني فإن ذلك مجاله بين البائع والمشتري والعلاقة القائمة بينهما وليس للشفيع دخل فيها " ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وحجبه ذلك عن مواجهة هذا الدفاع والرد عليه بما يعيبه أيضا بالقصور في التسبيب " (الطعن رقم ٣١٦٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٨) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني أن لحائز الشيء الذي أنفق

مصروفات ضرورية أو نافعة الحق في حبسه حتى يستوفى ما هو مستحق له ، ويستوي في ذلك أن يكون الحائز حسن النية أو سيئها ، إذ أعطى القانون بهذا النص الحق في الحبس مطلقا ، ولم يستثن من ذلك إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع كالشأن بالنسبة للحيازة التي تتم خلسة أو غشا أو غصبا أو إكرها ، أما إذا كانت تقوم على سند من القانون ثم زال هذا السند كما هو الحال في خصوص انتهاء الوكالة ، فإنه يجوز للوكيل إذا كان حائزل لشيء مملوك للموكل – وباعتباره حائزا – أن يدفع بحقه في حبسه حتى يستوفى ما يثبت أنه أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة " (الطعن رقم ٢١٤٣ لسنة ٦٠ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٠)

- جواز تحقق الارتباط القانوني والمعنوي والارتباط المادي معاً : هناك بعض الحالات يجتمع فيها الارتباط القانوني (المعنوي) والارتباط المادي معا ، وهى تلك الحالات التي توجد فيها رابطة تبادلية بين حق الحابس والتزامه بالرد (وهذا الارتباط القانوني) ويكون أيضا حق الحابس قد نشأ بسبب حيازته للشيء من مصروفات أنفقها عليه أو ضرر أصابه منه ، فالوكيل أو المودع عنده ، إذا حبس الأشياء التي عهدت إليه بخكم الوكالة أو الوديعة الى أن يستوفى ما هو مستحق له من مصروفات أنفقها على تلك الأشياء ، له أن يستند –كأساس لحقه في الحبس – الى الارتباط المعنوي ، فالتزامه بالرد والتزام الموكل أو المودع بدفع المصروفات يكونان معا علاقة تبادلية . كما أن له أن يستند الى الارتباط الموضوعي ، فقد نجم عن الشيء المحبوس ذاته ، ومثلهما في ذلك المقاول الذي يقوم بساتصماع مادة أولية عهد إليه بها رب العمل فيكون له أن يحبس المادة بعد استصناعها الى أن يستوفى ما هو مستحق ، وحقه في الحبس قائم على أساس من الارتباط المعنوي ومن الارتباط المادي معا " (إسماعيل غانم ص٢٤٠ ، عبد المنعم البدراوي ص١٩٥)
- أهمية التمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي : للتمييز بين نوعى الارتباط السالفى الذكر أهمية عملية تتمثل في أمرين : الأول : أنه في الارتباط المادي المستند الى مصروفات أنفقها الحائز على الشيء يحتج بالحق في الحبس على الغير ، ولو كان حق هذا الغير ثابتا قبل اتفاق هذه المصروفات ، أما في غير هذه الحالة من حالتى الارتباط المادي ، وكذلك في حالة الارتباط القانوني ، فلا يحتج بالحق في الحبس على الغير الذي كسب حقه قبل ثبوت حق الحابس . والثاني : أنه في الارتباط الموضوعي أى المادي ، يقتصر الحبس على الشيء ذاتع الذي اتفق عليه الحابس مصروفات أو لحقه بسببه ضؤؤ ، على حين أنه في الارتباط القانوني ، يجوز للحابس ، استنادا الى العلاقة التبادلية ، حبس كل ما عليه من التزامات للطرف الآخر مادامت مرتبطة بالحق الذي له في ذمته ، وطبيعي أنه في حالة اجتماع نوعى الارتباط أن يكون للحابس أن يستند الى أيهما شقاء وفقا لمصلحته ، فمثلا يجوز للمودع عنده ، في حالة اتفاق مصروفات على الوديعة ، أن يستند الى الارتباط المادي إذا أراد الاحتجاج بحقه في الحبس على الغير الذي كسب حقه على الوديعة قبل ثبوت الحق في الحبس ، كما أنه له أن يستند الى الارتباط القانوني إذا أراد أن يحبس كل ما في يده للمودع ولو لم يرتبط جقه بها جميعا ارتباطا ماديا " (أنور سلطان ص٢٣٣)
- استعمال الدائن حق الحبس : استعمال الدائن الحق في الحبس ، عند توافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما ، لا يقذي إعذارا ولا الحصول على ترخيص من القضاء ، بل إن الدائن يقف تنفيذ التزامه نحو مدينه فعلا ، وليس من الضروري أن يعرض على المدين تنفيذ هذا الالتزام عرضا حقيقيا ، وإنما يقتصر على وقف التنفيذ ، فإذا قاضاه مدينه ، وضع الأمر كله تحت نظر القضاء ، ويغلب أن يحكم على الدائن بتنفيذ التزامه نحو المدين بشرط أن ينفذ المدين التزامه نحوه ، وإذا تعذرت معرفة من هو البادئ في عدم التنفيذ جاز للقاضي أن يحكم على كل منهما بإيداع ما التزم به خزانة المحكمة أو عند أمين . (السنهوري)

وقد قضت محكمة النقض بأن " استعمال الحق في الحبس لا يقتضي إعذاراً ولا الحصول على ترخيص من القضاء" (الطعن رقم ١٥ لسنة ق جلسة ١٩٦٨/١/١٩ س١٨ ص٩٦٢) وبأنه " حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ، ومتى تم هذا التنازل ، فإنه لا يجوز العدول عنه بعد

ذلك " (الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦ س١٩ ص٩٦٢) وبأنه " إذا لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الاستئناف بحقه في حبس أطيان التركة موضوع النزاع حتى تتم تصفية التركة أو يستوفى ما دفعه عن المطعون ضده من الديون ، فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " (الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ س٢٠ ص١٥٥) وبأنه " المحكمة لا تملك من نفسها إعمال أحكام حق الحبس أو أحكام المقاصة القانونية ما لم يطلبه صراحة صاحب الحق فيه باعتبار أن هذين الطلبين لا يتعلقات بالنظام العام " (الطعن رقم ١٩٦٧ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/١١/١٩ س١٠ ع٣ ص١٢٢)

على أنه لا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في الحبس ، فلا يصح أن يستعمله بدعوى أن حقه في ذمة مدينه لم ينفذ تنفيذا كاملا أو نفذ تنفيذا معيبا ، ثم يتبين أن الجزء الذي لم ينفذ تافه الى حد لا يعتد به أو أن العيب في التنفيذ أمر غير ذي خطر ، ولا يصح كذلك للدائن أن يستعمل الحق في الحبس ، إذا كان هو المتسبب بغشه أوب إهماله في عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، فحبس المدين من أجل ذلك ما في ذمته من التزام ، كذلك لا يصح للدائن أن يحبس لمدينه دينا خاليا من النزاع مستق الأداء حتى يستوفى منه دينا لا يزال محل نزاع بينهما ، فلا يجوز للمستأجر أن يحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بترميمات ينازع في أنها واجبة عله ، ولا يجوز لشركة النور أن تقكع التيار عن المشترك حتى يقوم بدفع زيادة في الاشتراك هى محل تقاض بينهما ولم ينته القضاء من الفصل فيها .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الحق في الحبس لا يقوم إلا إذا كان الالتزام المقابل المراد من أجله حالا ، وألا يكون الدائن الحابس متعسفا في استعمال حق بأن يكون هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه الحالي " (الطعن رقم ١٩٨١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٩ ، وجلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مجموعة المكتب الفني لسنة ١٧ ص١٠٤٠)

- الوفاء الجزئي لا يحول دون الحبس ، فقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال فيلم في الخارج لقاء مبلغ معين – ٧٥٠٠ جنيه – وتعهد بدفع جزء آخر – ٣٠٠٠ جنيه – في مدى شهر من التوقيع على العقد بحث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولاً حقاً للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا وباقي المبلغ عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأن يتم إرسال الفيلم الى الخارج ، في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد – أى بعد وفاة المطعون عليه بالتزامه – وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذا لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه فإنه يكون للطاعنة – رغما عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه – أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه – إذا أكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه – يصلح دفعا لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه . أما حقها هى في حبس التزامها بالتسليم فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه ، وإذن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا الى فسخ العقد تأسيسا على أن الطاعنة هى التي تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه في الوفاء بما تعهد بدفعه في ميعاده لا يعتبر تقصيرا تترتب عليه آثاره لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعنة فإنهما يكونان قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٣٨ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤)
- التمسك بالحق في الحبس عن طريق الدعوى : الحق في الحبس دفع يثبت للمدين الذي يكون في الوقت ذاته دائنا بشروط معينة ، فلا يتصور أن ترفع دعوى أصلية لأنه لا يحول صاحبه إلا الامتناع عن رد الشيء عند مطالبته به ، وإذا كان للحابس عند خروج الشيء من يده دون رضاه أن يسترده ليستعمل حق الحبس عليه فإنه دعواه لا يكون موضوعها الحق في الحبس بل استرداد الشيء

باعتبار أن خروجه من يد حائزه أو محرزه رغم إرادته يعتبر سرقة ضمان واعتداء على الحيازة . (سليمان مرقص ص٣٣٠)

- حبس المشتري المبيع لحين رد الثمن ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إذ نصت المادة ٢٤٦ من القانون المدني على أن "لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الزفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " فقد وضعت قاعدة عامة تتناول جميع التطبيقات في أحوال لا تتناهى ، فلكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استنادا الى حقه في الحبس ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به ، ومن ثم فإن حق الحبس ، دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من مسائل الضمان وشرطه أن يتوافر الارتباط بين الدينين . لما كان ذلك ، وكان الثابت أن الطاعن تمسك في صحيفة الاستئناف بحقه في حبس العين حتى ترد له المطعون عليها بصفتها ما تسلمه البائع المحجور عليه من ثمن ، وإذ رد الحكم المطعون فيه على هذا الدفع بأنه "يقتضي بحث قيمة ما عاد على البائع المحجور عليه من فائدة حتى تقف المحكمة على قيمة ما يحكم برده تأسيسا لى ما تقضي به المادة ١٤٢ فقرة ثانية من القانون المدني ، وهو ما لا يتسع له نطاق هذه الدعوى" ، وكان الدفع المبدي من الطاعن بحبس أرض النزاع يرتط بما عاد على المحجور عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، وهو ما يلتوم المحجور عليه برده من الثمن الذي قبضه ، بحيث يمتنع على المحكمة إجابة طلب التسليم قبل تحقيقه ، فإنها إذا حكمت بالتسليم دون بحث قيمة ما عاد على البائع المحجور عليه من فائدة لتحديد قيمة ما يحكم برده ، بحجة أن نطاق الدعوى لا يتسع لبحثه ، تكون قد أهدرت ما للطاعن من حق في الدفع بحبس العين بما يعيب حكمها بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وهو ما يستوجب نقضه في هذا الخصوص " (الطعن رقم ٧٥٥ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١١)
- حبس باقي الثمن لإخلال البائع بتقديم مستندات الملكية ، فقد قضت محكمة النقض بأن " إطلاق الالتزام بتقديم المستندات اللازمة لشهر العقد من أى أجل ، وتحديد أجل معين للوفاء بباقي الثمن مما يسوغ القول بأنه لا ارتباط بين الالتزامين في موعد الوفاء بهما ، فلا يتوقف سداد باقي الثمن المحدد الأجل على تقديم المستندات المطلقة من أى جل " (الطعن رقم ١٢٩٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٣/١/٢) وبأنه " الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق أما إذا كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرك الفاسخ ولو كان ضريحا ، وإذ كان التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية الى المشتري وكان صدور الحكم بصحة ونفاذ العقد هو بدليل لالتزام البائع بالتوقيع على العقد النهائي أمام الموثق إلا أنه لا يغني عن تقديم مستندات ملكية البائع اللازمة لإشهار هذا الحكم ومن ثم يظل حق المشتري في حبس باقي الثمن قائما حتى يوفي البائع بهذا الالتزام . لما كان ذلك ، وكانت الطاعن قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن مرجع امتناعها عن الوفاء بالمستحق من باقي الثمن هو إخلال المطعون ضدها بتقديم مستندات نقل ملكية المبيع إليها فإن الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ رفض منها هذا الدفع لمجرد قوله أنه كان بوسعها إقامة دعوى بصحة ونفاذ العقد يغنيها حكمها عن تنفيذ التزامات البائعة وحجب بذلك نفسه عن بحث دفاع الطاعنة بشأن حبسها باقي الثمن وهو دفاع جوهري قد يتغير به – إن صح – وجه الرأة في الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما جره الى القصور الموجب لنقضه " (الطعن رقم ١٥٠٢ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/١/٩) وبأنه " النص في المادة ٢٤٦ من القانون المدني على أنه لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، مفاده أن حق المدين في الامتناع عن التنفيذ لا يقوم أصلا إلا إذا كان دائنه قد أخل بالوفاء بالتزام عليه بهذا المدين مرتبط بالتزام هذا الأخير ، ولازم ذلك أن يكون حق الحابس حال الأداء ولا يتوقف استحقاقه على قيامه

بتنفيذ التزامه هو أولاً ، وكان الأجل الواقف لا يسقط إلا في الحالات التي يحددها القانون أو الاتفاق ، وكان متفقا في عقد البيع أن أجل التزام المطعون ضدها – البائعة – بتقديم المستندات اللازمة للتسجيل لا يحل أصلا إلا بعد سداد الطاعنين – المشترين – كامل الثمن أى أن تنفيذ المطعون ضدها لهذا الالتزام يتوقف على قيام الطاعنين بسداد كامل الثمن أولاً ، ولم يكن ثمة سند من القانون أو الاتفاق يرتب على مجرد التشكك في قدرة المطعون ضدها على تنفيذ ذلك الالتزام سقوط أجله حتى يحق للطاعنين حبس باقي الثمن لهذا السبب ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون لرفضه الدفع بالحبس المبدي من الطاعنين يكون على غير أساس " (الطعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ ، الطعن رقم ١٥٨٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٩ ، الطعن رقم ١٩٨١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٩)

- إجبار الحابس على تسليم الشيء في حالة تقديم تأمين كاف للوفاء : أجاز المشرع للمدين أن يجبر الحابس على تسليم الشيء إذا قام بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه . فهذا التأمن الكافي يقوم مقام عرض الدائن بالالتزام المترتب عليه بسبب التزام المدين والمرتبط به ، في هذا الصدد ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ على أن " لكل من التزام بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " .
- التنازل عن الحق في الحبس : يجوز التنازل عن الحق في الحبس ، ويكون التنازل صراحة أو ضمنا ، غير أنه يجب في الحالة الأخيرة أن تكون الأدلة والقرائن واضحة تماما في هذا التنازل .

وقد قضت محكمة النقض بأن " في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشترين يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده ، وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان قد العقد شرط يمنعه من استعماله ، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار " (الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠) وبأنه " أجاز المشرع للمشتري في المادة ٤٥٧ من القانون المدني الحق في حبس الثمن إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع في يده ومفاد ذلك أن مجرد قيام هذا السبب يخول للمشتري الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده ، ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله ، وإذ كان تقدير جدية هذا السبب – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع ، إلا أنه يجب أني قم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تمفي لحمله ، وإذا ما تمسك المشتري أمام محكمة الموضوع بحقه في حبس الثمن مستندات في ذلك الى سبب يتسم بالجدية ، يتعين على تلك المحكمة أن ترد على هذا الدفاع بأسباب خاصة باعتباره دفاعا جوهريا يتغبر به – إن صح – وجه الرأى في الدعوى ، وإلا شاب حكمها القصور المبطل " (الطعن رقم ٣٢٣٠ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٩) وبأنه " مفاد نص المادة ٢/٤٥٧ من التقنين المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذذ المحكمة – أن المشرع أجاز للمشتري إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يتهدده ، وعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يتهدده ويكون

في ذات الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن ، وتقدير جدية هذا السبب هو مما يستقل به قاضي الموضوع إلا أنه يجب أن يقيم قضاءه في هذا الخصوص على أسباب سائغة تكفي لحمله " (الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٦)

- إسقاط الحق في الحبس بالشراء ساقط الخيار : يترتب على الشراء قاقط الخيار ، التزام المشتري بالوفاء بالثمن حتى لو خشى أن ينزع المبيع من يده إن كان قد تسلمه طالما كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، وحينئذ لا يجوز له حبس الثمن لتعارض هذا الحق مع شرط ساقط الخيار في هذه الحالة ، أما إن لم يكن يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، جاز له حبس باقي الثمن . (أنور طلبة ص٥٨٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يجوز للمشتري التمسك بالحق في الحبس إذا اشترى ساقط الخيار " (الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٦ ، الطعن رقم ١٥٢٥ لسنة ٥٣ق)

- امتناع الحبس للحائز المغتصب ، فقد قضت محكمة النقض بأن " وضعت المادة ٢٤٦ من القانون المدني قاعدة مقتضاها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يجوز لكل مدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه استنادا الى حقه في الحبس مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأن بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به ، مسما مرداه أن حق الحبس هو دفع يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان لعدم تنفيذ الالتزام المقابل ، ومن تطبيقاته النص في الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر على أنه " ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام ناشئا عن عمل غير مشروع " ، ومفاد ذلك أن المشرع قد استوجب كقاعدة عامة مع قيام التعادل في الالتزامات المتبادلة وجوب قيام الارتباط بين الالتزامين الذي يرد عليه حق الحبس والالتزام المقابل أن يكون – في خصوص التطبيق الواردب الفقرة الثانية – ما أنفق على الشيء مرتبطا ومنصبا على ما يطلب رده " (الطعون أرقام ٩٢٣ ، ١٠٤٩ ، ١٠٨٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤)

- عدم قابلية الحق في الحبس للتجزئة : حق الحبس باعتباره إحدى وسائل الضمان يعتبر حقا غير قابل للتجزئة لمصلحة الدائن ، أى أنه يكون للدائن أن يحبس كل الشيء الموجود في يده الى أن يستوفى كامل جقه من أصل وفوائد ومصروفات ، ولا يكون للمدين أن يطالب الدائن بتخلية جزء من الشيء المحبوس يقابل الجزء الذي وفاه للدائن من دينه ، ولا يترتب على قبول الدائن وفاء جزئيا سقوط حقه في الحبس ، غير أن الدائن كما يجوز له أن ينزل عن حقه في الحبس على كل شيء المحبوس يجوز له أن ينزل عن هذا الحق بالنسبة الى جزء من ذلك الشيء فيسلم بعضه ويستبقى البعض الآخر ، ولا يجوز للدائن أن يتعسف في استعمال حقه في ذلك ، فإذا وفى المدين الجزء الأكبر من الدين وطلب الإفراج عن جزء من الشيء المحبوس تعين على الدائن أن يجيبه الى طلبه مادام هو لا يصيبه ضرر من ذلك وإلا كان رفضه إساءة لاستعمال حقه " (السنهوري ص١٠٦٥ ، سليمان مرقص ص٣٣٠)

﴿ المــــادة ٢٤٧ ﴾

" مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه .

وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة وعليه أن يقدم حسابا عن غلته .

وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف فللحابس أن يحصل على إذن من القضــاء في بيعه وفقا للأحكام المنصــوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٨ سـوري ، المادة ٢٥٠ ليبي ، المادة ٢٨٣ عراقي ، المادة ٢٧٤ لبناني .

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشـــروع التمهيدي على الوجه الآتي "١- ليس لمن حبس شيئا وفقا للمادة السابقة حق امتياز عليه ، وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا للأحكام التي تسيء في حقه الدائن المرتهن رهن الحيازة . ٢- إذا كان الشيء المحبوس يخشــى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصــل على إذن من القضــاء في بيعه وفقا للإجراءات المرســومة لبيع الشــيء المرهون حيازة ، وينتقل الحق في الحبس من الشـــيء الى ثمنه " ، وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص كما ورد في المشروع التمهيدي يلزم الحابس بواجب استغلال العين المحبوسة على النحو المقرر في حق الدائن المرهن حيازة ، وقد رؤى أنه يحســـن عدم تقرير هذا الواجب ، ثم عدل النص الى جانب ذلك تعديلا لفظيا جعله أدق في أداء المعنى ، فأصبح مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصـــار رقم المادة ٢٥٩ في المشـــروع النهائي ، ووافق مجلس النواب على النص ، ثم مجلس الشـــيوخ تحت رقم المادة ٢٤٧ . (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ٢ ص٦٥٣ ، ٦٥٥)

﴿ الشـــرح ﴾

- الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه : حبس العين لا يجعل للحابس حق امتياز عليها فإذا نفذ الحابس على العين المحبوسة بحقه زاحمة باقي الدائنين في الثمن . فالحق في الحبس يستمد قوته من حيازة الشيء والسيطرة عليه دون أن يثبت للحابس حق امتياز على هذا الشيء فليس للدائن الحابس أن ينفذ على الشيء لاسيتفاء حقه من ثمنه مقدما على الدائنين الآخرين ، وإنما له التنفيذ بوصفه دائنا عاديا ، بل وليس له إذا باشر إجراءات التنفيذ أن يرفض تسليم الشيء الى من يرسو عليه المزاد ، إذ أن قيامه بإجراءات التنفيذ يتضمن استعداده لتسليم الشيء ، ويقتصر حقه على الدخول في التوزيع بالاشتراك مع غيره من الدائنين (إسماعيل غانم ص٢٥٢ ، سليمان مرقص ص٣٢٨) ولذلك يكون من الأفضل للدائن الحابس أن يتحصن في الحق في الحبس من أن يباشر هو التنفيذ على الشيء المحبوس ، فإذا قام غير الحابس من الدائنين بالتنفيذ على الشيء المحبوس ، كان له أن يحبسه عن الراسي عليه المزاد حتى يستوفى حقه ، وحتى يكون التنفيذ مجديا ، سيضطر الدائنون المنفذون إما الى وفاء دين الحابس وإما تخصيص جزء من الثمن الذي رسا به المزاد لقضاء هذا الدين ، وخاصة إذا كانت قيمة العين المحبوسة أكبر بكثير من دين الحابس ، وبذلك يكون الدائن الحابس في مركز متميز نتيجة الأفضلية الفعلية التي تمتع بها على إثر حبسه للشيء (نبيل إبراهيم سعد ص١٥٥)
- حقوق الحابس للعين : متى توافرت الشروط اللازمة لنشوء الحق في حبس لعين ، أصبح للدائن الحق في حبس هذه العين عن مالكها ، فلا يستطيع هذا أن يطالب برد العين حتى يقوم بوفاء ما في ذمته من الدين للحائز ، وتبقى العين محبوسة في يد الحائو حتى يستوفى هذا كل حقه ، فلو كان هذا الحق مصروفات ضرورية أو نافعة أنفقها الحائز على العين ، فللحائو أن يحبس العين حتى يستوفى من المالك جميع الحقوق التي قررها له القانون ، ذلك أن الحق في حبس العين غير قابل للتجزئة (**indivisible**) شأنه في ذلك شأن كل ضمان . فلو أن المالك وفى الحائز جزءا من الدين ، فإن الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى الباقي بأكمله ، ولو أن الدين الذي في ذمة المالك انقسم على ورثته يعد موته – وهذا لا يقع في الفقه الإسلامي وإنما يقع في القانون الفرنسي – فإن الحائز يبقى حابسا للعين حتى يستوفى من كل وارث نصيبه في الدين على أنه يجب على الحائز ألا يتعسف في استعمال حقه في الحبس ، فلو أن الباقي من الدين جزءا قليلا تافها ، كان من النعسف أن يبقى حابسا للعين كلها في هذا الجزء التافه ، ووجب عليه أن يرد العين لمالكها مع مطالبته بالباقي من الدين . (السنهوري ص١٠٣٩)

• التزامات الحابس : يقع على عاتق الحابس ثلاثة التزامات نعرض لها فيما يلي :

(١) المحافظة على العين المحبوسة : يلتزم الحابس بالمحافظة على العين المحبوسة وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وأحكام رهن الحيازة في هذه المسألة مبسوطة في المادة ١١٠٣ ، وهى تنص على أنه " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " ، فالمرتهن حيازة ملتزم بالمحافظة على العين المرهونة ، والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية ، ومقدار العناية المطلوب منه أن يبذله في المحافظة على العين المرهونة هو عناية الشخص المعتاد . فإذا قصر الحابس عن بذل هذه العناية ، اعتبر هذا خطأ منه ، وتحققت مسئوليته التقصيرية ، وأصبح ملزما بالتعويض ، وبعتير مقصرا لو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، حتى لو لم ينزل عن العناية التي هو في حفظ ماله ، فلو كانت العين المحبوسة سيارة أو دارا ، وكان الحابس معروفا بالإهمال والتقصير ، وترك السيارة دون صيانة حتى أصيبت بتلف في بعض أجهزتها ، أو ترك الدار دون ترميم حتى تخرب بعض أجزائها ، كان مسئولا عن التعويض ، ولا يدفع عنه المسئولية أن يثبت أنه يفعل ذلك فيما هو مملوك له ويهمل هذه الإهمال في صيانة سيارته أو داره ، ذلك أن مقدار العناية المطلوب منه هو ، كما قدمنا ، عناية الرجل المعتاد لا عنايته من الشخصية ، والرجل المعتاد لا يأتي مثل هذا الإهمال ، فإذا بذل عناية الرجل المعتاد برئت ذمته من المسئولية ، حتى لو تعيبت العين المحبوسة في يده ، وثبت أن الحابس يبذل في المحافظة على ماله عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد وأنه لو بذل مثل هذه العناية في المحافظة على العين المبحوسة لما تعيبت ، فليس يطلب منه أكثر من عناية الرجل المعتاد ، ارتفعت هذه العناية أو نزلت عن عنايته الشخصية بحفظ ماله . (السنهوري ص١٠٤٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " استعمال الناقل حقه في حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب المحافظة عليها في فتةرة احتباسها ، بل عليه أن يبذل في حفظها وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، ويكون مسئور عن هلاكها وتلفها ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه " (جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥ السنة ١٧ق ص١٩٢٦)

وعبء الإثبات يقع على عاتق المالك ، وهو الدائن في هذا الالتزام ، فعليه أن يثبت أن العين قد تعيبت ، فإذا ما أثبت ذلك ، فقد أقام قرينة قضائية على أن الحابس لم يقم بالتزامه من المحافظة على الشيء ، فإذا أراد الحابس أن يدحض هذه القرينة ، فعليه أن يثبت أنه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد ، أو أن التعيب يرجع الى سبب أجنبيى لا يد له فيه . (انظر في عبء إثبات الالتزام ببذل العناية ، الوسيط ، الجزء الأول فقرة ٤٢٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه وإن كان القانون المدني القديم لم يورد نصا عن واجبات الحابس في حفظ وصيانة الشيء المحبوس تحت يده إلا أنه يجب على الحابس أن يبذل في حفظه من العناية ما يبذله الرجل المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكه أو تلفه إلا إذا كان ذلك بسبب قهري قياسا على القاعدة المقررة في رهن الحيازة لاتحاد العلة في الحالتين وهو ما صرح به القانون الجديد في المادة ٢/٢٤٧ من التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس تحت يده وفقا لأحكام رهن الحيازة المقررة في المادة ١١٠٣ والتي تقضي بإلزام المرتهن بأن يبذل في حفظ وصيانة الشيء المرهون ما يبذله الرجل المعتاد وأنه مسئول عن هلاكه أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه ويكون القانون المدني الجديد إذ أورد نص المادة ٢٤٧ إنما قنن في خصوص التزامات الحابس أحكام القانون المدني القديم ولم يستحدق جديدا ، وإذن فمتى كانت البضائع المحبوسة لجى مصلحة الجمارك حتى وفاء الرسوم الجمركية قد فقدت فإنها تكون مسئولة عن فقدها ما لم يثبت أن الفقد كان لسبب قهري " (الطعن رقم ٤٨ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٨) وبأنه " استعمال الناقل حقه في حبس الأشياء المنقولة أو بعضها استيفاء لأجرة النقل المستحقة له ، لا يعفيه من واجب المحافظة عليها في فترة احتباسها بل عليه أن يبذل في حفظها وصيانتها من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ويكون مسئولا عن هلاكها وتلفها ما

لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه وهو ما تقضي به المادتان ٢/٢٤٧ و١١٠٣ من القانون المدني " (الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/١٥)

ويتفرع على التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس ، أنه إذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه سواء بالمزاد العلني أو يسعره في البورصة أو في السوق ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه ، ولا يعتبر طلب البيع في هذه الحالة تنفيذا على الشيء يفقد الحق في الحبس ، بل هو إجراء ضروري لحفظه من الهلاك أو التلف . (محمود جمال الدين زكي ص٨٥)

(٢) تقديم الحساب عن الغلة : في رهن الحيازة يلتزم المرتهن باستغلال العين المرهونة استغلالا كاملا ، ثم يخصم الغلة من الدين ، وقد نصت المادة ١١٠٤ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي " ١- ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . ٢- وعليه أن يستثمره استثمارا كاملا ما لم يتفق على غير ذلك . ٣- وما حصل عليه الدائن من صافي الريع وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله ، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ، ثم من المصروفات ، ثم من أصل الدين " ، وقد راينا أن الحابس ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، ليس له أن يستولى على الثمرات بخصمها من الدين ، بل كل ما له هو أن يحبسها مع العين حتى يستوفى في حقه ، وقد يبيعها إذا كان يخشى عليها الهلاك أو التلف ، ويحبس الثمن كما سبق القول ، وكما أن الحابس ليس له أن يتملك الثمرات خصما من الدين ، كذلك ليس عليه ، خلافا للدائن المرتهن رهن حيازة ، التزام باستغلال العين المحبوسة ، وقد كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٢٤٧ يجرى على الوجه الآتي " ..... وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وأن يقدم حسابا عن غلته وفقا للأحكام التي تسري في حق الدائن المرتهن حيازة " ، وفي لجنة المراجعة لوحظ أن النص على هذا النحو يقرر التزاما في ذمة الحابس باستغلال العين استغلالا كاملا على الوجه المقرر في شأن الدائن المرتهن رهن حيازة ، ورؤى أنه يحسن عدم تقرير هذا الالتزام ، فعدل النص على الوجه الآتي " وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن علته " ، فلم يرتب النص في شأن الغلة إلا التزاما بتقديم الحساب ، لم يجعله خاضعا لأحكام رهن الحيازة كما جعل التزام المحافظة على الشيء لئلا يكون هناك التزام في ذمة الحابس باستغلال العين المحبوسة ، ولكن الالتزام بتقديم الحساب عن الغلة يقتضي بطبيعة الحال أن يقبض الحبس هذه الغلة ويحبسها ، ثم يقدم حسابا عنها للمالك ، فالعين إذا كانت بطبيعتها تنتج غلة ، كأرض تزرع أو دار تسكن أو أوراق مالية تنتج أرباحا ، فعلى الحابس أن يستمر في زراعة الأرض ، وسكنى الدار أو إيجارها ، وقبض أرباح ألأوراق المالية ، وما الى ذلك ، وله أن يحبس هذه الغلة حبسه للعين ذاتها ، وعليه أن يقدم حسابا عن الغلة الى المالك عند انقضاء الحق في الحبس ، فيرد له العين وغلتها ، وأما إذا كانت العين لا تنتج بطبيعتها غلة ، كسيارة أو ساعة أو أثاث أو نحو ذلك ، فلا يلتزم الحابس باستغلالها ، بل يبقيها عنده دون استغلال مع المحافظة عليها وصيانتها على النحو الذي قدمناه . (السنهوري ص١٠٤٤ وما بعدها)

(٣) رد العين المحبوسة : وأخيرا فإن الحابس يلتزم برد العين المحبوسة عند انقضاء الحق في الحبس ويستطيع المالك دائما رفع دعوى استحقاق العين بعد انقضاء الحق في الحبس .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه وإن كان للمشتري حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تاسيسا على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن فمادام هذا الأخير لم يقم بالتزامه بالرد كان له أن يمتنع عن التسليم وأن يحبس العين ، لكن ذلك لا يترتب عليه الحق في تملك المشتري ثمار المبيع بعد أن اصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ وإذا صح للمشتري التحدي بقاعدة (واضع اليد حين النية يتملك الثمرة) في تملك الثمار التي استولى عليها قبل رفع دعوى الفسخ فإن هذا التحدي لا يكون له

محل بالنسبة للثمار التي جنيت بعد رفعها من جانبه واستناده في طلب الفسخ الى استحقاق العين المبيعة للغير ولا يحول دون رد هذه الثمار لمالك العين ثبوت الحق له في حبسها ، لأن هذا الحق إنما قرر له ضمانا لوفاء البائع بما قضى عليه بدفعه إليه نتيجة فسخ البيع ، وليس من شأنه هذا الحق تمليك المشتري ثمار العين المبيعة بل يجب عليه تقديم حساب عنها للمالك " (الطعن رقم ٨١ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١/٤)

ويترتب على الحبس أن الحق المترتب للحابس في ذمة مالك الشيء لا يرد عليه التقادم ، باعتبار أن الحبس ضمان قانوني معلق على الوفاء بالحق المضمون ، وأن الحقوق المضمونة لا تتقادم لتوافر الإقرار بها ما ظل الضمان قائما . ويحول الحبس دون فسخ العقد ولو تضمن شرطا فاسخا صريحا .

﴿ المـــــادة ٢٤٨ ﴾

" ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه .

ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية ، المادة ٢٤٩ سوري ، المادة ٢٥١ ليبي ، المادة ٢٨٤ عراقي ، المادة ٢٧٣ .

وقد ود النص في المادة ٣٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي "١- ينقضي الحق في الحبس بفقد الحيازة . ٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشيء إذا خرج الشيء من حيازته خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداد الحيازة ، إذا هو قام بهذا الطلب في خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخرج الشيء من حيازته " ، وفي لجنة المراجعة استبدلت عبارة (بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه) بعبارة (يفقد الحيازة) حتى يكون النص أدق تعبيرا عن المعنى ، ووضع حد زمني ينقضي حق الحبس بانقضائه ولو لم يعلم الحابس بخروج الشيء من يده لوضع حد للمنازعات ، وحدد الأجل سنة ، فأصبح النص مطابقا لما استقر عليه التقنين الجديد ، وصار رقمه ٢٦٠ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٤٨ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٥٦ ، ٦٥٧)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " ليس الحبس على وجه الإجمال إلا حيازة الشيء حيازة فعلية ولذلك كان طبيعيا أن ينقضي بفقد هذه الحيازة ولكن ينبغي أن يكون هذا الفقد إراديا فإذا خرج الشيء من يد محتبسه خفية أو انتزع منه رغم معارضته ظل حقه في الحبس قائما وكان له أن يسترده ولو من يد حائز حسن النية باعتبار أن الأمر ينطوي على سرقة ضمان .

﴿ الشــــرح ﴾

- انقضاء الحق في الحبس : ينقضي الحق في الحبس إما بصفة تبعية وإما بصفة أصلية وسنعرض لذلك بالتفصيل على النحو التالي :

أولاً : انقضاء الحق في الحبس بصفة تبعية : ينقضي الحق في الحبس تبعاً لانقضاء الحق المضمون به ، فكلما انقضى حق الدائن الحابس قبل مدينه بأى طريق من طرق الانقضاء كالوفاء أو التجديد أو الإبراء أو المقاصة انقضى تبعا لذلك حقه في حبس التزامه قبل المدين

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى وفى المرسل إليه الأجرة للناقل انقضى حق الحبس وزال المانع الذي كان يحول دون تسليم الأشياء المنقولة إليه ويعود الالتزام بالتسليم في ذمة الناقل وفقا لأحكام عقد النقل فيلتزم بتسليم تلك الأشياء سليمة للمرسل إليه إذ لا يترتب على استعمال حق الحبس انفساخ هذا العقد وانقضاء الالتزامات الناشئة عنه بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذ التزام الناقل بالتسليم

حتى يفي المرسل إليه بالتزامه كالوفاء بأجرة النقل ولا يغير من ذلك أن يكون المرسل إليه هو المتسبب في حبس البضاعة بتخلفه عن الوفاء بأجرة النقل إذ أن تقصيره في الوفاء بالتزامه هذا وإن كان يخول للناقل أن يستعمل حقه في الحبس إلا أنه لا يعفيه من التزامه بالمحافظة على الشيء المحبوس وهو التزام متولد عن حق الحبس ذاته ولا يمكن أن يعتبر مجرد التأخير في الوفاء بالأجرة هو السبب فيما يصيب الأشياء المحبوسة من تلف في فترة احتباسها وللحابس أن خشى على الشيء المحبوس من الهلاك أو التلف أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه طبقا لنص المادة ١١١٩ من القانون المدني وينتقل حينئذ الحق في الحبس من الشيء الى ثمنه " (١٩٦٦/١٢/١٥ – ١٧ – ١٩٢٦)

ثانياً : انقضاء الحق في الحبس بصفة أصلية : وقد ينقضي الحق في الحبس وحده – دون الحق المضمون به – بطريق أصلي ، ويتحقق ذلك في الأحوال الآتية : أولاً : تقديم تأمين كاف للوفاء بالحق المضمونت بالحبس (م٢٤٦ فقرة أولى مدني) ، ثانياً : هلاك العين المحبوسة ، ثالثاً : عدم قيام الحابس بالتزامه في المحافظة على العين المحبوسة . رابعاً : نزول الحابس عن حقه في الحبس ، وأكثر ما يكون ذلك بخروج العين من يد الحابس طوعا وهذه هى الحالة التي عرضت لها المادة ٢٤٨ من التقنين المدني . ١- تقديم تأمين كاف للوفاء بحق الحابس : إذا قدم الدائن الذي يطالب بتنفيذ الالتزام تأمينا كافيا للوفاء بحق الحابس ، فإن الحق في الحبس ينقضي ويلتزم المدين بالوفاء بالتزامه (م١/٢٤٦) ذلك أن هذا التأمين يقوم بنفس الدور الذي يقوم به الحق في الحبس وهو ضمان استيفاء الحابس لحقه ، والتأمين الذي يقدمه الدائن يجوز أن يكون تأمينا شخصيا ككفالة شخص ثالث ، أو تأمينا عينيا كرهن على مال من أموال الدائن سواء كان رهنا رسميا أو رهنا حيازيا . (عزمي البكري ص١٠٩٠) ٢- هلاك العين المحبوسة : وإذا هلكت العين المحبوسة ، انقضى الحق في الحبس بداهة لانعدام المحل ، والهلاك إما أن يكون بخطأ الحابس ، وفي هذه الحالة يكون مسئولا عن التعويض ، وإما أن يكون لسبب أجنبي عن فعل الحابس ، وفي هذه الحالة تهلك العين على مالكها حتى لو كان الحابس ملتزما بموجب عقد أن يسملها للمالك ، وقد طبقت المادة ٤٦٠ من التقنين المدني هذا الحكم ، فنصت على أنه "إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع" ، وإذا هلكت العين فاستحق عنها تعويض أو مبلغ تأمين ، ففي رأينا أن التعويض أو مبلغ التأمين يحل محل العين ، ويكون للدائن حبسه محل العين التي هلكت ، قياسا على حالة بيع العين إذا خيف عليها الهلاك أو التلف وحبس الثمن ، وتكون هذه حالة من حالات الحلول العيني لم يرد فيها نص صريح ، وقد رأينا حالة مماثلة في بيع الثمرات التي يخشى عليها التلف وحبس ثمنها ، ومن الفقهاء من يذهب الى أن الحلول العيني لا يكون إلا بنص ، ومن ثم لا يجوز للدائن أن يحبس التعويض أو مبلغ التأمين بدلا من العين التي هلكت (منصور مصطفى منصور ص١٩٠ ، عبد الفتاح عبد الباقي ص٢٥٩ ، إسماعيل غانم ص١٥٣) أما بيع العين المحبوسة فيختلف في الحكم عن هلاكها ، ذلك أن البيع إن اقتضه الضرورة لأن العين يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فقد قدمنا أن الحق في الحبس لا ينقضي ، بل ينتقل من العين الى الثمن ، وأن أوقع البيع أحد الدائنين غير الدائن الحابس تنفيذا على العين ، فإن رسوم المزاد لا يقضي الحق في الحبس كما أسلفنا القول . أما إذا أوقع البيع الدائن الحابس نفسه تنفيذا على العين ، فإن هذا يعتبر نزولا منه عن حقه في الحبس (السنهوري ص١٠٥٠) ٣- إخلال الحابس بالتزامه من المحافظة على العين : الحابس كما سبق أن قدمنا يلتزم بالمحافظة على العين ، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، فإذا أخل بهذا الالتزام إخلالا خطيرا ، جاز للمالك أن يطلب من القضاء إسقاط حقه في الحبس لتعسفه في استعمال هذا الحق وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة . (السنهوري ص١٠٥٢) ٤- نزول الحابس عن حق في الحبس خروج الشيء المحبوس من يد حابسه طوعاً : قد ينزل الحابس عن حقه في الحبس قبل أن يستوفى ماله في ذمة المالك ، وأكثر ما يتحقق ذلك بأن يتخلى الحابس عن حيازة العين المحبوسة طوعا ، إذ يعتبر هذا التخلي نزولاً ضمنياً من الحابس عن حقه في الحبس ولا يستطيع أن يسترد حيازته بعد ذلك . أما إذا خرج الشيء من يد الحائز خفية أى دون علمه أو بالرغم من معارضته ، فإن الحق في

الحبس لا ينقضي بهذا الخروج ، ولكن يتعين على الحابس في هذه الحالة أن يطالب باسترداد الشيء المحبوس خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي يعلم فيه بخروجه أو خلال سنة من وقت خروج أى الأجلين أقرب (م٢٤٨/٢) فإذا أقام الحابس دعوى الاسترداد في خلال المواعيد السابقة ، فإن حقه في الحبس يظل قائما رغم خروج الشيء من تحت يده ، ويحكم له باسترداد الشيء ليمارس عليه سلطته في الحبس ، أما إذا ترك الحابس المواعيد السابقة تمر دون أن يطالب باسترداد الشيء فإن حقه في حبسه ينقضي .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع في حبس التأمين – المدفوع لها من العامل بمقتضى عقد العمل – تبعا للرهن الحيازي المقرر لها عليه حتى تبرأ ذمة المطعون ضده العامل من المسحوبات ، فإن هذا الدفاع يكون سبب جديدا ، لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض لما يخالطه من واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع " (الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/٣/٣ س٢٤ ص٣٧٢ ، الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣ س٢٠ ص١٥٥) وبأنه " التخلي عن الحيازة المسقط لحق الحبس واقعة مادية لمحكمة الموضوع أن تستخلصها من ظروف الدعوى وملابساتها من المستندات المقدمة ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص تخلى الطاعن باختياره عن حيازة العين التي يطلب تمكينه من وضع يده عليها من توقفه عن أعمال البناء قبل رفع المطعون عليها دعوى إثبات حالة البناء وإصراراه على عدم إتمام البناء مما اضطر المطعون عليها الى الاتفاق مع مقاول آخر لإتمام ما لم يقم الطاعن بتنفيذه ، ومن أن مذكرة الطاعن بقسم الشرطة لم تتضمن ما يدل على صحة دعواه من أنه طرد من البناء في تاريخ تحريرها أو أن تابعا للمطعون عليها قد اعترف بأنها أمرته بمنع الطاعن من دخول العقار ، وخلصت المحكمة من استعراض هذه الوقائع ومن مراجهة الخطابات والإنذارات المتبادلة بين الطرفين الى أن تخلى الطاعن عن حيازته كان بمحض اختياره ، وكانت هذه القرائن التي استند إليها الحكم في هذا الشأن تؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/٤/٩) وبأنه " حق الحبس مما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا ومتى تم هذا التنازل فإنه لا يجوز العدول عنه بعد ذلك" (الطعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦) وبأنه " في العقود الملزمة للجانبين وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، وقد أجاز المشرع تطبيقا لهذا الأصل في الفقرة الثانية من المادة ٤٥٧ للمشتري ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن إذا خيف على المبيع أن ينزع من يده ، ومقتضى ذلك أن قيام هذا السبب لدى المشتري يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكن قد أداه من الثمن ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده وذلك ما لم يكن قد نزل عن هذا الحق بعد ثبوته له أو كان في العقد شرط يمنعه من استعماله فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لأنه قد يكون محيطا بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق في ذمته من الثمن مادام أنه لم يشتر ساقط الخيار " (الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن " ليس للبائع اذلي خرجت من تحت يده العين المبيعة برضائه وتسلمها المشتري فعلا أن يطلب بعد ذلك استردادها وحبسها تحت يده ، لأن البائع يعتبر قد نزل باختياره عن حق حبس العين بتسليمها للمشتري قبل أن يقوم بدفع الثمن " (٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١٧١ ص٤٥٧)

- عدم انقضاء الحق في الحبس بالتقادم : طالما بقى الشيء محبوسا لدى المدين ، فإن حق المدين قبل الدائن لا ينقضي بالتقادم ، إذ يعتبر ترك الدائن للشء تحت يد مدينه إقرارا ضمنيا بحق هذا المدين ، وهذا الإقرار من شأنه عدم سريان مدة التقادم طوال المدة التي يكون فيها المدين حابسا للشيء .

الإعسار

﴿ المادة ٢٤٩ ﴾

" يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٠ سوري؛ المادة ٢٧٠ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٤ من المشروع التمهيدي، عن طريق الخيرة، على الوجهين الآتيين: "يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر، تزيد ديونه عن أمواله، متى توقف عن وفاء ديونه المستحقة الأداء" أو "يجوز أن يشهر إعسار كل مدين غير تاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء". وفي لجنة المراجعة أشار أحد الأعضاء إلى أن نظام الإعسار لا يتفق مع الحالة الاقتصادية في مصر، إذ هو يسيء إلى مركز المدينين وهم أغلبية دون أن ينطوي على منفعة حقيقية لهم. فأجيب على ذلك بأن وضع هذا النظام أريد به تقرير الأمر الواقع، فالمدين الذي ينزع ملكه تتخذ قبله إجراءات علنية، وليس في شهر الإعسار وما يمس سمعة المدين بأكثر من ذلك. ثم إن النظام الذي وضعه المشروع يعود على المدين بمزايا حقيقية، وييسر له أمر الوفاء بديونه. ونوه أحد الأعضاء بأن نظام الإعسار يكون أولى بالقبول لو تضمن مزايا مماثلة للمزايا التي يحل عليها المدين التاجر من طرق الصلح الواقي من الإفلاس، كإبراء المدين من جزء من الديون إذا وافقت على ذلك أغلبية من الدائنين، أو إبرائه من الديون أياً كان مقدارها متى ترك للدائنين كل ما يملك من مال. فوافقت اللجنة على استبقاء نظام الإعسار في المشروع مع حالة الاقتراح الخاص بإبراء المدين إلى لجنة فرعية (ولم يظهر لعمل هذه اللجنة أية نتيجة – والظاهر أن لجنة المراجعة اكتفت بما تضمنه المشروع من جواز مد آجال الديون ومن جواز منح آجال للديون الحالة). ثم فاضلت لجنة المراجعة بين النصين المعروضين، فاختارت النص الآتي: "يجوز أن يشهر إعسار المدين غير التاجر إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء"، وأصبح رقم المادة ٢٦١ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، وفي لجنة مجلس الشيوخ أعيد الاعتراض على نظام الإعسار، وقيل إن هذا النظام جديد، وهو نظام خطر من الناحية الموضوعية وقد انتقده الكثيرون. ورد على هذا الاعتراض بأن نظام الإعسار يكفل للمدين والدائن مزايا عدة لا تكفي في توفيرها الأحكام الجزئية التي وردت في سياق تحبيذ فكرة الحذف، ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعدد الدعاوى، وهي بالنسبة إلى المدين كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضي على النقيض إلى الإقلال منها، ولم تر اللجنة الأخذ بالاعتراض، وأقرت نظام الإعسار في مجموعة، أما من حيث النص المعروض فحذفت كلمتي "غير التاجر" لأن قانون التجارة تكفل بالإجراءات التي تتخذ بالنسبة إلى التاجر، ولإفساح المجال لبحث فكرة وضع نصوص في القانون التجاري تجيز للمدين التاجر الاستفادة من أحكام الإعسار بما فيها من يسر. ووافقت اللجنة على المادة معدلة على الوجه الآتي: "يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء"، تحت رقم ٢٤٩. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٦٢ – ص٦٦٥).

﴿ الشرح ﴾

- تعريف الإعسار: **الإعسار هو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء.**
- الفرق بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني: **يتفق الإعسار المدني مع الإفلاس التجاري في أن أحد الدائنين لا ينفرد دون الباقي في الاستئثار بمال المدين؛ وفي أن يد المدين تغل عن التصرف في أمواله منذ شهر الإفلاس. ويختلف الإعسار المدني عن الإفلاس التجاري في أنه لا**

يوجد في الإعسار تصفية جماعية يقوم بها أمين التفليسة ممثلاً لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين موكولاً إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه خاصة. كما أنه يترتب على شهر إفلاس التاجر عدة آثار تتناول المفلس في شخصه وفي ماله فيما يتعلق بشخصه تسقط عنه بعض الحقوق المهنية والسياسية فضلاً عن العقوبة الجنائية التي يتعرض لها في حالتي الإفلاس بالتقصير والإفلاس بالتدليس، بينما لا يوجد في الإعسار المدني شيء من ذلك. (عزمي البكري ص١١٠٤)

- الإعسار في ظل التقنين المدني القديم: لم ينظم التقنين المدني القديم الإعسار وهذا بخلاف الإفلاس الذي نظمه التقنين التجاري تنظيماً دقيقاً مفصلاً وقد يقال إن الإعسار ليس في حاجة إلى التنظيم الذي لابد منه في الإفلاس، لأن التجارة تقوم على الائتمان فلابد فيها من ضمانات قوية يطمئن إليها الدائنون، وعلى رأس هذه الضمانات تنظيم إفلاس التاجر تنظيماً يحفظ على الدائنين حقوقهم وكفل المساواة فيما بينهم، وليست هذه الاعتبارات قائمة في المعاملات المدنية بالقوة التي يقوم بها في التعامل التجاري. ولكن المدين المعسر، حتى في المعاملات المدنية، في أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له وللدائنين على السواء. وتزداد الحاجة إلى تنظيم الإعسار المدني، منذ يرتب القانون على هذا الإعسار نتائج هامة. (السنهوري ص١٠٥٨)

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني (نظرة عامة) ما يلي "لم يخرج المشروع في تنظيم موقف المدين المعسر عن رد الأمر إلى نصابه في وضع حافل بأسباب الاضطراب والتشتت. والحق أن تداول اليسر والعسر في أحوال المتعاملين ظاهرة تقتضيها سنن التعامل، أرادت صناعة التشريع أم لم ترد. فالإعسار بهذه المثابة، حالة واقعة ينبغي أن يعترف القانون بها، وأن يعالج ما ينشأ عنها من صعوبات. ومن عجب أن تتوافر في النصوص الراهنة مقومات هذه الاعتراف، وأن يهمل مع ذلك، تنظيم العلاج إهمالاً تاماً. فقد جعل الإعسار من مسقطات الأجل، وأسس عليه جواز الطعن في تصرفات المدين من طريق الدعوى البوليصية، وجواز استعمال ما للمدين من الحقوق والدعاوى بمقتضى الدعوى غير المباشرة. وغني عن البيان أن حالة الإعسار تستتبع بحكم الواقع سقوط بعض الحقوق وتقييد البعض الآخر، فهي تعرض الدائنين لخطر التزاحم. فمن واجب كل منهم أن يأخذ بأسباب البدار ما أمكن وأن يلتمس المخرج لنفسه. وليس من المحقق، بل ولا من المحتمل، أن يكون قصب السبق في هذا التزاحم من نصيب أولى المتزاحمين وأحقهم به. إزاء كل أولئك آثر المشروع أن يستأصل ما يلابس تلك الحالة من أسباب الاضطراب، ولاسيما أنها لا تعين المدين في قليل أو كثير، فضلاً عن إضرارها بمصالح الدائنين. وكان سبيله إلى ذلك وضع نظام قانوني للإعسار يفئ من الحماية ما يظل المدين والدائن على حد سواء. فيراعى فيما يتعلق بالمدين أنه يأمن تجهيل الأمر الواقع واحتمالاته، ويطمئن إلى نظام قانوني أوفر دقة وأوضح حدوداً. فلم يعد إلحاق وصف الإعسار به معقوداً بمجرد زيادة ديونه على ماله من حقوق، بل يشترط لإشهار هذا الوصف، عدا ذلك، أن تكون أمواله غير كافية لا لوفاء ديونه جميعاً، بل لوفاء ما هو مستحق الأداء منها فحسب، وهو أمعن في تحقيق الغرض المقصود. ومتى أشهر الإعسار كان مركز المدين في تصفية ديونه أفضل بلا شك من مركزه وفقاً لأحكام التشريع الحالي ذلك أن هذا الإشهار لا يستتبع حتماً حلول الديون المؤجلة، فللقاضي أن يبقى على الأجل وأن يمد فيه، بل وللقاضي ما هو أفضل، فله أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء، وبهذا تتاح له تصفية ديونه ودياً في أكثر الظروف ملاءمة. كما أن المشروع أباح له أن يتصرف في أمواله دون أن يخشى الدائنين في شيء، متى حصل على موافقة أغلبية خاصة من بينهم، على بيع كل هذه الأموال أو بعضها للوفاء بديونه من ثمنها، ولم يشترط إجماع الدائنين على هذه الموافقة، وأباح له كذلك أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء هؤلاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يودع الثمن خزينة المحكمة للوفاء بحقوقهم، وقد بسط له المشروع في أسباب الحماية ولاسيما ما كان منها إنساني الصبغة. فخوله حق الحصول على نفقة تقتطع من إيراده، إذا كان هذا الإيراد محجوزاً. أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار قسطاً من الحماية، لا يدانيه ما كفل لم منها

بمقتضى الأحكام الراهنة. فليس لهم أن يشفقوا في ظل هذا النظام من تقدم أحدهم على الباقين، بغير حق، ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى إشهار الإعسار يكون من أثره عدم نفاذ أي اختصاص يقع بعد ذلك على عقارات المدين في حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل. ومتى أشهر إعسار المدين أصبح من أهون الأمور على الدائنين أن يأمنوا جانبه فيما يصدر عنه من التصرفات الضارة أو المدخولة، وأصبح إعمال أحكام الدعوى البوليصية فريداً في بساطته. فكل تصرف قانوني يصدر من المدين المعسر، ويكون من ورائه انتقاص حقوقه أو زيادة التزاماته، وكل وفاء يقع منه، لا ينفذ في حق الدائنين، دون حاجة إلى تحميلهم عبء إقامة الدليل على الغش، وهو عبء في أغلب الأحيان غير يسير. ولتعزيز حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة أو المدخولة قرر المشروع توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب أعمالاً من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه. وعلى هذا النحو كفل المشروع بنظام الإعسار حماية وافية للدائنين من المدين وجعل من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعة. وقد ذهب البعض إلى أن نظام الإعسار، وإن توافرت له المزايا التي تقدمت الإشارة إليها، فليس يخلو إعماله من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعاً. من عيب قد يرجح هذه المزايا جميعاً. فإذا فرض في رأيهم، أن أغلب الملاك ينوءون بأعباء الدين، فمن الخطر أن تتخذ إجراءات لإشهار إعسار هؤلاء الملاك، لأن هذه الإجراءات تفضي من طريق العلانية القضائية إلى الكشف عن مراكز أو أحوال ينبغي أن يكتم أمرها عن الملأ لاعتبارات مادية وأدبية. ولكن لو صح أن يستهان بما يعرض للذهن في مثل هذه الظروف من وجوب رعاية ما يقتضي التعامل من شرف وخلف، أفلا يبقى بعد ذلك أمر التساؤل عما إذا كانت هذه المراكز المضطربة تظل في الواقع خافية غير معلومة؟ الحق إنه أيسر من كشف الحقيقة والبصر بها في هذا الشأن، فإن لم يتح ذلك من طرق استفاضة الشهرة، فثمة علانية إجراءات التوزيع القضائي، وجلسات المزايدات. وبعد فليس المدين الجدير بالعناية حقاً هو البين الإعسار وإنما هو المدين العاثر الجد وهو من يحتمل أن يعود سيرة راضية إذا بذلت له المعونة بالإبقاء على ائتمانه كاملاً غير منقوص والامتناع عن إشهار إعساره. هذه القاعدة التي يمليها العقل وتقتضيها الإنسانية، هي التي تقررت في نظام الإعسار كما صوره المشروع، وقد نصت إحدى مواده الأساسية – وهي المادة ٢٦٣ – على أن من واجب المحكمة في كل حال قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به سواء أكانت تلك الظروف عامة أم خاصة، فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره، ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية. ويراعى أخيراً أنه لو فرض أن مديناً عاثر الجد أشهر إعساره، ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية. ويراعى أخيراً أنه لو فرض أن مديناً عاثر الجد أشهر إعساره، فليس ثمة أعدل من النظام الذي يطبق عليه في هذا الشأن، ولا أدنى منه إلى العقل والرحمة، وقد تقدم أن هذا النظام يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة، فهوي يحمي المدين من دائنيه، ويحمي هؤلاء الدائنين من مدينهم، ويحمي بعضهم من البعض الآخر.

- نظرية عامة وردت بملحق تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ: اقترح حذف المواد من ٢٤٩ إلى ٢٦٤ الخاصة بالإعسار استناداً إلى أنها لا تحقق الغرض من نظام الإعسار بعد أن اقتطعت من المشروع الأصلي النصوص المتعلقة بالتصفية. فحلول الأجل والإمهال مقرران بالمادتين ٢٧٧، ٣٤٦ من المشروع، ودعوى عدم نفاذ التصرف فيها حماية كافية للدائن، واستناداً إلى أنه "من شأن هذا النظام أن يمكن الدائن المتعسف من تجريح سمعة المدين وتهديده بالمحاكمة الجنائية فضلاً عما فيه من زيادة عدد القضايا والإجراءات" – ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن نظام الإعسار يكفل للمدين وللدائن مزايا لا تكفي في توفيرها الأحكام الجزئية التي وردت في سياق تحبيذ فكرة الحذف ولا تعادلها الاعتبارات المتصلة بعدد الدعاوى وهي بالنسبة للمدين المعسر كثيرة وإجراءات شهر الإعسار قد تفضي على النقيض إلى الإقلال منها. وبحسب اللجنة أن تعرض هذه المزايا على الوجه الذي فصلته المذكرة الإيضاحية. (نقلت اللجنة هنا نص المذكرة

الإيضـاحية ابتداء من عبارة "فيراعى فيما يتعلق بالمدين...." إلى نهاية المذكرة). (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٥٨ وما بعدها)

- الإعصـار في التقنين المدني الحالي: كان المشـروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يتضـمن نصـوصـاً تنشـئ نظاماً استثنائياً لتصـفية جماعية في الإعسـار المدني ولما عرضـت هذه النصـوص للاسـتفتاء مال الرأي العام القانوني في مصـر إلى عدم الأخذ بهذا النظام الاسـتثنائي فحذفت النصوص المتعلقة به في لجنة المراجعة. واستبقت النصوص التي تنظم الإعسار المدني دون تصفية جماعية تنظيماً يتلاءم مع مقتضيات المعاملات المدنية. ولما كانت هذه النصوص تنظم الإعسار عن طريق شـهره بموجب حكم قضـائي، فإن التقنين المدني الجديد يكون قد أنشـأ حالة قانونية منظمة للإعسـار، وانقلبت هذه الحالة –كما تقول المذكرة الإيضـاحية للمشـروع التمهيدي – "ومن مجرد أمر واقع يكتنفه التجهيل، إلى نظام قانوني واضح المعالم بين الحدود" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٦٢) فأصـبح التقنين الجديد يميز بين نوعين من الإعسـار: الإعسـار الفعلي والإعسـار القانوني ويختلف الإعسار القانوني عن الإعسار الفعلي في أن الإعسار الفعلي حالة واقعية تنشأ عن زيادة ديون المدين – سـواء كانت مسـتحقة الأداء أو غير مسـتحقة مادامت محققة الوجود – على حقوقه. أما الإعسـار القانوني فهو حالة قانونية تنشـأ عن زيادة ديون المدين المسـتحقة الأداء على حقوقه، ومن ثم لا يتحقق الإعسـار القانوني عندما تكون أموال المدين في جملتها مسـاوية لديونه المستحقة الأداء أو تجاوزها ولا ينال من ذلك أن يتوقف الشـخص عن سـداد دين مسـتحق الأداء مادامت أمواله تجاوز ديونه، كذلك لا يعتبر الشـخص معسـراً إعسـاراً قانونياً، إذا كانت أمواله تفي بديونه المسـتحقة الأداء، فلا يشـترط أن تكون هذه الأموال كافية للوفاء بجميع الديون، الحال منها والمؤجل. إذ يكفي أن تكون كافية للوفاء بالدين الحال دون المؤجل. إذ يظل الدين المؤجل على أجله ولا يحل بمجرد اتخاذ إجراءات شهر الإعسـار، بل يجب لحلوله صـدور حكم شـهر الإعسـار (م٢٥٥).

وقد قضـت محكمة النقض بأن "إعسـار المدين، ماهيته، حالة قانونية تسـتفاد من عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه المسـتحقة الأداء. قيامه على أمر واقع، ادعاء الدائن إعسـار مدينه، وجوب إقامته الدليل، عدم جواز تكليف المدين بإثبات أن يساره يغطي الدين" (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨)، وبأنه "مفاد نص المادتين ٤١٧، ٢٣٧ من التقنين المدني أن المشـرع قد فرق بين الإعسـار القانوني الذي اسـتلزم توافره لشـهر إعسـار المدين واشـترط لقيامه أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المحققة الأداء، وبين الإعسـار الفعلي الذي اسـتلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصـرف واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف الصـادر من الدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضـافاً إلى أجل، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقاً من الإعسـار القانوني فقد يتوافر الأول دون الثاني" (الطعن رقم ٤٩٢ لسـنة ٤٦ق جلسـة ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥)، وبأنه من المقرر أن الإعسـار الفعلي يختلف عن الإعسـار القانوني فالأول أشـمل مجالاً من الثاني بحيث يتصـور توافر الإعسـار الفعلي مع انتفاء الإعسـار القانوني إلا أن توافر الإعسـار القانوني يقتضـي حتماً وبطريق اللزوم توافر الإعسـار الفعلي، وإذ علقت المحكمة قضـاءها في الحكم الصـادر بوقف الدعوى على صـدور الحكم في دعوى الإعسـار بما قررته من أن إعمال القرينة يتوقف على صـدور الحكم بالإعسـار وأن وجه الرأي يتغير ولا ريب بالحكم، فإن هذا التقرير لا يعد قضـاء له حجيته تلتزم به المحكمة إلا في حالة الحكم نهائياً بشـهر الإعسـار أما وقد قضى برفض شـهر الإعسـار لعدم توافر الإعسار القانوني فإن ذلك لا يؤدي بطريق اللزوم الحتمي إلى انتفاء الإعسار الفعلي" (الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨).

- شهر حالة الإعسار: تنص المادة ٢٤٩ مدني على أنه "يجوز أن يشـهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء"، مفاده أنه لا يكفي حتى يجوز شـهر إعسار المدين أن

تكون أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه، ولا يكفي أن يتوقف عن دفع دين مستحق الأداء؛ بل يجب أن يكون أشد إعساراً من كل ذلك، فتكون أمواله غير كافية للوفاء بديونه المستحقة الأداء وحدها. فلو أن أمواله كانت كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء، لم يجز شهر إعساره حتى لو كانت هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة، وحتى لو توقف عن دفع دين حال.

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "لا يشترط مجرد نقص حقوق المدين عن ديونه، بل يشترط أيضاً أن تكون هذه الحقوق أقل من الديون المستحقة الأداء، أي أقل من جزء معين من مجموع الديون" (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٦٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٢٤٩ من التقنين المدني على أنه "لا يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء"، وفي المادة ٢٣٧ من التقنين المذكور على أنه "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره".. مفاده أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدى التصرف الصادر من المدين إلى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافاً إلى أجل، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقاً من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأ ول دون الثاني" (الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨)

﴿ المـــادة ٢٥٠ ﴾

" يكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، بناء على طلب المدين أو طلب أحد دائنيه، وتنظر الدعوى على وجه السرعة ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥١ سوري؛ المادة ٢٧١ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: "ويكون إشهار الإعسار بحكم تصدره المحكمة التي يتبعا موطن المدين، بناء على طلب المدين نفسه أو بناء على طلب دائنيه". وفي لجنة المراجعة رؤي أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة، فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد، تحت رقم ٢٦٢ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٠. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٦٦)

﴿ الشـــرح ﴾

- المحكمة المختصة بنظر دعوى شهر الإعسار: حدد النص المحكمة المختصة بنظر دعوى شهر الإعسار وهي المحكمة الابتدائية. وتختص المحكمة الابتدائية بنظر الدعوى ولو كانت الدعوى تدخل طبقاً للقواعد العامة في اختصاص المحكمة الجزئية. وقد روعي في منح الاختصاص للمحكمة الابتدائية في جميع الأحوال الأهمية التي تحوزها دعوى شهر الإعسار.
- المدعي والمدعي عليه في دعوى شهر الإعسار: المدعى عليه في دعوى الإعسار هو المدين المعسر، أما المدعي في دعوى الإعسار فيكون غالباً أحد دائني المدين المعسر ولكن يجوز أن يكون المدعي هو نفسه المدين. ونعرض لذلك بالتفصيل.

- المدعي في دعوى الإعسار هو أحد الدائنين: الغالب أن يكون طلب شهر الإعسار صادراً من أحد الدائنين. وللدائن في ذلك مصالح شتى. فقد يخشى، بعد أن تيقن من إعسار المدين، أن يستبد بالمدين اليأس فيبادر إلى تبديد ماله، أو إخفائه، أو التصرف فيه للإضرار بحقوق دائنيه. فيسهل على الدائن، بعد أن يشهر إعسار المدين، أن يلغي جميع هذه التصرفات، بل إنه ليعرض المدين إلى عقوبة جنائية، هي عقوبة التبديد، إذا شهر إعساره وأقدم المدين مع ذلك على إخفاء بعض أمواله، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها بقصد الإضرار بدائنيه، أو تعمد الإعسار في دعوى الدين التي رفعها عليه دائنه (م٢٦٠ مدني)، كما سيأتي. وقد يكون الدائن، بعد أن تيقن من إعسار مدينه، يخشى أن يبادر دائنوه الآخرون إلى أخذ اختصاصات على عقاراته يتقدمون بها في استيفاء حقوقهم، لاسيما بعد أن أصبح حق الاختصاص في التقنين المدني الجديد لا يؤخذ إلا بناء على حكم واجب التنفيذ (م١٠٨٥ مدني)، فيسبقه إلى الحصول على هذا الحكم دائنون آخرون، ويبقى هو أمداً طويلاً قبل أن يحصل على حكم واجب التنفيذ يستطيع بموجبه أن يأخذ حق اختصاص. وفي مثل هذه الظروف يؤثر الدائن أن يبادر إلى شهر إعسار مدينه، ومادام هو لا يزال أمامه وقت طويل قبل أن يستطيع الحصول على حكم يأخذ حق اختصاص بموجبه، فلا أقل من أن يمنع الدائنين الآخرين من أن يفعلوا ذلك فيتقدموا عليه دون مبرر. وقد يكون الدائن حقه مؤجل، ويتيقن من إعسار مدينه، فيخشى أن ينتظر حلول الأجل فلا يجد عند المدين ما لا يستوفى منه حقه، فيبادر إلى شهر إعسار المدين، متمسكاً بدين حال، غير الدين المؤجل، لا تكفي أموال المدين للوفاء به. فإذا ما شهر إعسار المدين، سقط الأجل في الدين المؤجل، وبادر الدائن إلى التنفيذ بحقه، والحصول على قسط منه، بدلاً من أن يضيعه كله. (السنهوري ص١٠٧٢)
- المدعي في دعوى شهر الإعسار هو المدين نفسه: قد توجد للمدين مصلحة في شهر إعساره، وذلك في الحالة التي تتعدد فيها ديونه ويلح الدائنون عليه في طلبها أو يحجزون على إيراداته كلها فيحرمونه مما يلزم لنفقته، فتكون مصلحته من شهر إعساره هي أن يحصل على آجال لديونه الحالة إذا كانت ظروفه تسمح بمنحه هذه الآجال (المادة ٢/٢٥٥ مدني)، أو أن يحصل على تقرير نفقة من إيراداته المحجوز عليها ليستطيع أن يعيش منها إلى أن تتم تصفية أمواله (المادة ٢٥٩ مدني). عندئذٍ يكون المدين هو المدعي في دعوى شهر الإعسار، وعليه أن يختصم فيها دائنيه، فيكونون هم المدعى عليهم. ويغلب أن يتقدم المدين بهذا الطلب في دعوى يرفعها عليه أحد دائنيه مطالباً إياه بالدين فيدعي المدين إعساره ويطلب شهر هذا الإعسار. ويترتب على ذلك أن يقع على المدين – وفقاً للقواعد العامة – باعتباره مدعياً إثبات إعساره، فيجب عليه أن يثبت أمرين ليسا في صالحه وهما وجود ديون مستحقة عليه وعدم وجود أموال له تفي بهذه الديون. ويكتفي منه في ذلك بإقراره بهذين الأمرين (سليمان مرقص ص١٨٠). غير أنه يجوز أن ينازع أحد الدائنين في إقرار المدين، فيلتزم إثبات كذب الإقرار، فيثبت أن الديون التي أقر بها المدين ليست كلها أو بعضها ديوناً حقيقية أو ليست بعد مستحقة الأداء أو أنها سبق الوفاء بها، أو يثبت أن للمدين أموالاً أخرى غير ما أقر به وأن مجموع أمواله يفي بديونه المستحقة. (سليمان مرقص ص٢٧٥)
- الإثبات في دعوى الإعسار: يقع عبء إثبات إعسار المدين على من يطلب شهر إعساره ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأن الإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة والقرائن، وله الاستناد للمادة ٢٣٩ مدني كقرينة قضائية، كما عليه هذا الإثبات عند الطعن بالدعوى البوليصية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الإعسار لا يعدو أن يكون حالة قانونية تستفاد من عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء، وهو يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه، وعلى من يدعي أن مدينه معسراً أن يقيم الدليل على إعساره بإثبات الوقائع التي تدل على ذلك دون أن يكلف المدين بإثبات أن يساره يغطي المدين" (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسن ٦٩ق جلسة

٢٠٠٠/٥/٢٨)، كما قضت محكمة النقض في ظل القانون القديم بأن "الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه. وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق يتعذر إثباته بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه. على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة. فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه، وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقدم دليلاً على هذا الإعسار" (الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١).

- لا يجوز للنيابة العامة طلب شهر الإعسار ولا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها: رأينا أن المادة ٢٥٠ مدني قد قضت بأن يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو طلب أحد دائنيه ومن ثم لا يجوز للنيابة العامة طلب شهر الإعسار كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإعسار من تلقاء نفسها. وهذا بخلاف الإفلاس التجاري إذ يجوز فيه للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها. فقد نصت المادة ٥٥٢ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن "يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب أحد الدائنين أو النيابة العامة، ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها.
- ضرورة نظر الدعوى على وجه الشرعة: تقضي المادة ٢٥٠ مدني أيضاً أن تنظر دعوى الإعسار على وجه السرعة فيبين في صحيفة الدعوى موضوعها وطلبات المدعى فيها وأسانيدها (م٦٣ مرافعات). وتقدم على غيرها من الدعاوى العادية، ولا يقبل فيها طلب التأجيل إلا عند الضرورة، ولأجل قريب.

﴿ المـــادة ٢٥١ ﴾

" على المحكمة في كل حال، قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعي في تقديرها جميع الظروف التي أحاطت به سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة، فتنظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره، ومصالح دائنيه المشروعة، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٢ سوري؛ المادة ٢٧١ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٣ في المشروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٦٧ – ص٦٦٨).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي بأنه "... ومؤدى هذا أن للقاضي سلطة رحبة الحدود تتيح له تقدير جميع ظروف المدين.. وقد يكون في الأحوال العامة ما يستنهض لمصلحة المدين كما لو عرفت له عسرة موقوتة في خلال أزمة اقتصادية شاملة. ويراعى من ناحية أخرى أن لأحوال المدين الخاصة النصيب الأوفى في توجيه الحكم على مركزه، فمن ذلك مثلاً كفايته الشخصية، وسنه، وحرفته، ومركزه الاجتماعي، ومصالح دائنيه المشروعة، ومدى مسئوليته عن إعساره، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المادية".

《 الشـــرح 》

- سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار: شهر إعسار المدين، أمر جوازي للمحكمة، فلها أن تقضي بها ولها أن ترفضه رغم توافر شروطه. وعلى المحكمة عند نظر دعوى شهر الإعسار أن تقدر جميع الظروف التي أحاطت بالمدين، سـواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصـة بشـخصـه. فالظروف العامة مثلها أزمة اقتصادية طاحنة سببت إعسار كثير من الناس، أو حرب نشبت، أو ثروة اندلعت، أو فيضـان اسـتثنائي، أو آفة زراعية انتشـرت، أو نحو ذلك من الظروف التي تعم جميع الناس ولا تخص المدين وحده. والظروف الخاصـة بالمدين يجب أيضـاً أن تراعيها المحكمة في تقديرها لشـهر الإعسـار أو الامتناع عن شـهره. وهذه الظروف الخاصـة إما أن ترجع إلى الماضـي، كمسـئوليته عن الأسـباب التي أدت إلى إعسـاره، وهل كان حسـن النية عاثر الحظ، أو كان مبذراً متلافاً. وإما أن ترجع الظروف الخاصـة إلى الحاضـر، مثل ذلك مصـالح دائنيه المشـروعة فقد تستوجب شهر إعساره، ومثل ذلك أيضاً رعونة المدين أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه. وإما أن ترجع الظروف الخاصـة إلى المسـتقبل، مثل ذلك موارد المدين المسـتقبلة، فقد ينتظر لأعماله الرواج بعد فوات أزمة عارضـة، ومثل ذلك أيضـا مقدرته الشـخصـية فقد يكون طبيباً ماهراً أو مهندسـاً حاذقاً فيمكن الاعتماد على عمله في المستقبل وتفادي شهر إعساره في الحال. (الأستاذ إسماعيل غانم ص٢١٠ ، السنهوري ص١٠٧٣).

وقد قضـت محكمة النقض بأن "يجب على محكمة الموضـوع وهي تفصـل في حكمها الصـادر بشأن الإعسار، أن تورد الوقائع الدالة على تحققه والتي يبين منها عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المسـتحقة الأداء وأن تراعى – وعلى ما تقضـي به المادة ٢٥١ من القانون المدني – في تقديرها الظروف العامة التي أعسـر فيها المدين وكذا الظروف الخاصـة به، وكل ظرف آخر يكون قد أثر على حالته المالية" (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسـنة ٦٩ق جلسـة ٢٠٠٠/٥/٢٨)، وبأنه "لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه اتخذ من مجرد قيام المطعون ضـده بإجراءات تنفيذ الحكم الصـادر له ضـد الطاعن بحجز ما للمدين لدى الغير وبالحجز على منقولات الطاعن شـخصـياً ومن عدم إثباته – كحارس قضـائي على أموال نقابة المحامين – أن لدى النقابة أموالاً كافية للوفاء بدين المطعون ضـده دليلاً على عدم كفاية هذه الأموال، ورتب على ذلك قضاءه بشـهر الإعسـار دون أن يستظهر أن ما تم الحجز عليه هو كل ما للطاعن بصـفته من أموال، ودون أن يورد الأسـباب التي اسـتند عليها في عدم ثبوت كفاية أموال النقابة للوفاء بدين المطعون ضـده ويكشـف عما إذا كانت المحكمة قد تنبهت لظروف عامة أو خاصـة تكون قد صـاحبت الطاعن إبان إعسـاره وأثرت في حالته المالية من عدمه الأمر الذي يعجز محكمة النقض عن مراقبة صـحة تكييف الوقائع وإنزال حكم القانون عليها وهو ما يعيب الحكم" (نقض ٢٠٠٠/٥/٢٨ ، نقض ٣٥٦٣ س ٦٩ق).

﴿ المـــادة ٢٥٢ ﴾

" مدة المعارضة في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار ثمانية أيام، ومدة استئنافها خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان تلك الأحكام ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٧١ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٤ في المشـروع التمهيدي. ووافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٢. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٦٩)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "وتكون الأحكام الصادرة في دعاوى طلب إشهار الإعسار قابلة للطعن بطريق المعارضة والاستئناف سواء أكانت صادرة بقبول الطلب أم صادرة برفضه، بيد أن مواعيد الطعن قصرت إلى حد بعيد فجعل ميعاد المعارضة ثمانية أيام، وميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً، من تاريخ الإعلان. (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٧٣)

﴿ الشـــرح ﴾

- الطعن في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار: **إذا صدر الحكم في دعوى شهر الإعسار غيابياً سواء بشهر الإعسار أو برفضه؛ جاز للمحكوم ضده الطعن بالمعارضة في هذا الحكم ومدة المعارضة ثمانية أيام تبدأ من تاريخ إعلان الحكم إلى المدين ويتم هذا الإعلان طبقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات. وهذا الحكم الخاص بجواز الطعن بالمعارضة في الحكم الذي يصدر بشهر الإعسار يعتبر استثناء من القاعدة العامة في تقنين المرافعات من أن المعارضة لا تجوز في الأحكام بصفة عامة. كذلك يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى شهر الإعسار سواء صدر الحكم بشهر الإعسار أو برفضه. فلو أن الدائن رفع الدعوى على المدين يطلب شهر إعساره، وصدر الحكم ابتدائياً بشهر الإعسار، جاز لمدين المحكوم عليه بشهر إعساره أن يستأنف الحكم أمام محكمة الاستئناف التي تستأنف أمامها أحكام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الابتدائي. وكذلك إذا صدر الحكم الابتدائي برفض شهر الإعسار، جاز للدائن استئنافه. وميعاد الاستئناف، كما تقضي به المادة ٢٥٢ مدني، هو خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ إعلان الحكم (السنهوري ص١٠٧٦). وميعاد الاستئناف وإن كان يخالف ميعاد الطعن في الأحكام بالاستئناف عامة وهو أربعون يوماً طبقاً للمادة ١/٢٢٧ مرافعات، إلا أن هذا النص ذاته بين أنه يجوز أن ينص في قانون ما على ميعاد يختلف عن ميعاد الأربعين يوماً سالف الذكر بنصها على أن "ميعاد الاستئناف أربعون يوماً ما لم ينص القانون على غير ذلك". كما أن بدء ميعاد الاستئناف وإن كان يخالف القاعدة العامة في بدء الميعاد المنصوص عليه بالمادة ٢١٣ من قانون المرافعات، إلا أن هذه المادة بينت أنه يجوز أن ينص قانون ما على تاريخ آخر يبدأ منه ميعاد الاستئناف، إذ نصت على أن "يبدأ ميعاد الطعن في الحكم من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إلى المحكوم عليه في الأحوال التي يكون فيها قد تخلف عن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم مذكرة بدفاعه أمام المحكمة ولا أمام الخبير، وكذلك إذا تخلف عن الحضور ولم يقدم مذكرة إلى المحكمة ولا إلى الخبير في جميع الجلسات التالية لتعجيل الدعوى بعد وقف السير منها لأي سبب من الأسباب. كما يبدأ الميعاد من تاريخ إعلان الحكم إذا حدث سبب من أسباب انقطاع الخصومة وصدر الحكم دون اختصام من يقوم مقام الخصم الذي توفى أو فقد أهليته للخصومة أو زالت صفته. ويكون إعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الأصلي. ويجرى الميعاد في حق من أعلن بالحكم".**

﴿ المـــادة ٢٥٣ ﴾

" على كاتب المحكمة في اليوم الذي تقيد فيه دعوى الإعسار أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وعليه أن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وبكل حكم يصدر بتأييده أو بإلغائه وذلك كله يوم صدور الحكم.

وعلى الكاتب أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام، ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٣ سوري؛ المادة ٣٧١ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٨ من المشـــروع التمهيدي على الوجه الآتي: "على كاتب المحكمة أن يقيد الأحكام الصادرة بإشهار الإعسار، يوماً فيوماً، في سجل عام يرتب بحسب أسماء المعسرين وطبقاً لما يقضي به نظام الفهارس. وعليه أن يؤشر في هامش القيد المذكور بكل حكم يصدر بتأييد أو إلغاء حكم سابق". وفي لجنة المراجعة أضيفت فقرة ثانية إلى النص على الوجه الآتي: "وعليه أيضاً أن يرسل إلى قلم كتاب محكمة مصر صورة الأحكام لقيدها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل"، وأصبح رقم المادة ٢٦٥ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ رؤى وجوب أن يكون تسجيل صحيفة الدعوى وقيد الحكم في محكمة واحدة، ووجوب البدء بالكلام على تسجيل صحيفة الدعوى طبقاً للترتيب الطبيعي، وهذا إجراء تستلزمه حماية مصالح الغير. فعدل النص على الوجه الذي استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصبح رقم ٢٥٣. ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٧٠ – ص٦٧٢)

﴿ الشـــرح ﴾

- وجوب تسجيل صحيفة دعوى الإعسار في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين والتأشير في هامش هذا التسجيل بالحكم الصادر في الدعوى: **لقد أوجب المشرع على كاتب المحكمة الابتدائية التي رفعت أمامها دعوى شهر الإعسار أن يسجل صحيفة الدعوى في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين وأن يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى سواء بشهر الإعسار أو برفض الدعوى وإذا طعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر وجب عليه التأشير بذلك في هامش التسجيل. ويكون ذلك يوم صدور الحكم. وبذلك تجتمع في هذا السجل الخاص، تحت اسم كل مدين رفعت عليه دعوى شهر الإعسار، صورة كاملة عن تاريخ رفع الدعوى وصحيفتها وعما صدر من الأحكام فيها. فيستطيع كل ذي شأن أن يعرف، من واقع هذا السجل الخاص، حالة المدين وعما إذا كانت دعوى الإعسار قد رفعت عليه وبماذا حكم في هذه الدعوى، فيتبين الحالة على حقيقتها.**
- وجوب إرسال صورة من التسجيلات والتأشيرات لقلم كتاب محكمة مصر لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل: **لقد أوجب المشرع على كاتب المحكمة بعد أن يسجل صحيفة دعوى الإعسار في سجل خاص مرتب بحسب أسماء المعسرين والتأشير في هامش السجل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى أن يرسل صورة من هذه التسجيلات أو التأشيرات إلى قلم كتاب محكمة مصر الابتدائية لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل. فقد نصت المادة ٢٥٣ مدني على أنه "يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي يتبعها موطنه السابق. وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن سواء أخطره المدين أم علم ذلك من أي طريق آخر، أن يرسل على نفقة المدين صورة من حكم شهر الإعسار ومن البيانات المؤشر بها في هامش التسجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها. وبذلك كفل النص تركيز التسجيلات الخاصة بالإعسار بالنسبة إلى جميع البلاد في سجل عام يمسك بمحكمة القاهرة الابتدائية وهكذا يستطيع من يهمه الأمر أن يكشف عن حالة المدين من حيث إعساره إما في السجل الخاص الموجود بالمحكمة التي ترفع إليها الدعوى وإما في السجل العام بمحكمة مصر الابتدائية.**

وقد جاء بمذكرة المشرع التمهيدي أنه **"ومتى صدر حكم إشهار الإعسار تولى كاتب المحكمة تسجيله من تلقاء نفسه في يوم النطق به بالذات ويحصل التسجيل بطريق القيد في سجل عام يعد في المحكمة لهذا الغرض ويؤشر في هامش السجل بكل حكم صادر بتأييد الحكم الأول أو بإلغائه وبهذا**

يتم إشهار حالة الإعسار ويكون لكل ذي شان أن يعلم بها بالرجوع إلى هذا السجل في المحكمة التي تقع بدائرتها محل المدين وإذ كان تغيير المحل المدين مما يدخل في حدود الاحتمال فقد شــرعت المادة ٣٣٩ من المشــروع إجراءات خاصــة تكفل تســجيل الحكم في المحكمة التي تقع في دائرتها محلة الجديد وقد أوجبت المادة ٣٣٩ على المدين عند تغيير محلة أن يخطر بذلك كاتب المحكمة بهذا التغيير من طريق الإخطار أو من طريق آخر (كتنبيه أحد الدائنين أو أحد ذوي الشــأن مثلاً) يتعين عليه أن يرســل على نفقة المدين صــورة من حكم إشــهار الإعســار إلى المحكمة التي تقع في دائرتها المحل الجديد لتقوم بقيدها في سجلاتها. (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٧٣)

﴿ المـــادة ٢٥٤ ﴾

" يجب على المدين إذا تغير موطنه أن يخطر بذلك كاتب المحكمة التي تبعها موطنه الســابق، وعلى هذا الكاتب بمجرد علمه بتغيير الموطن ســواء أخطره المدين أم علم ذلك من أي طريق آخر، أن يرســل على نفقة المدين صــورة من حكم شــهر الإعســار ومن البيانات المؤشــر بها في هامش التســجيل إلى المحكمة التي يتبعها الموطن الجديد لتقويم بقيدها في سجلاتها".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٤ سوري.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٣٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٦٦ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٤. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧٣ – ص ٦٧٤).

﴿ الشــــرح ﴾

- تغيير المدين لموطنه: **إذا قام المدين بتغيير موطنه الذي أشــهرت به صــحيفة دعوى الإعســار، وجب عليه أن يخطر كاتب المحكمة بموطنه الجديد ليقوم الأخير بإخطار قلم كتاب محكمة الموطن الجديد بالبيانات المؤشــر بها في هامش تســجيل صــحيفة دعوى الإعســار، فإن لم توجد تأشيرات تضمن الإخطار صورة من الصحيفة ليقوم قلم كتاب محكمة الموطن الجديد بقيدها لديه بالسجل الخاص بالمدينين المعسرين، كإشهار لهذه الحالة بالموطن الجديد (أنور طلبة ص٦١٤). فإن لم يقم المدين بهذا الإخطار، وتحقق علم كاتب المحكمة بتغيير الموطن من أي طريق آخر، وجب عليه القيام بنفس الإجراءات ســالفة البيان، وبذلك يســتطاع البحث عن حالة المدين في قلم كتاب المحكمة التي يتبعها موطنه الأخير حتى لو غير موطنه أكثر من مرة. أما إذا لم يقم المدين بالإخطار ولم يعلم كاتب المحكمة بتغيير الموطن وترتب على ذلك عدم شــهر حالة الإعســار بالموطن الجديد أدى ذلك إلى توافر الغش والغلط في الواقع مما يجوز معه للمتعاقد معه أن يرفع دعوى بإبطال العقد المبرم مع المعسر.**

﴿ المـــادة ٢٥٥ ﴾

" يترتب على الحكم بشهر الإعسار أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصــم من هذه الديون مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي ســقطت بســقوط الأجل.

ومع ذلك يجوز للقاضي أن يحكم بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه، بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة كما يجوز له أن يمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأى أن هذا الإجراء تبرره الظروف، وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعاً ".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية المادة ٢٥٥ سوري ؛ المادة ٢٧٣ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٤٠و ٣٤١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد. وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة، وأصبح رقمها ٢٦٧ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٥. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٧٥ – ص٦٧٧)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي بأنه "... **ما يحل من الديون المؤجلة من جراء إشهار الإعسار ينتقص منه مقدار الفوائد، اتفاقية كانت أو قانونية، بالنسبة للمدة الباقية من الأجل. فإذا عجل الوفاء مثلاً بدين قدره ١٠٠ جنيه، كان يستحق الأداء بعد انقضاء سنة بغير فائدة، وجب عندئذٍ أن تقتطع منه أربعة جنيهات في مقابل الفوائد، محتسبة على أساس السعر المقرر في القانون"، "أجاز المشروع الإبقاء على آجال الديون المؤجلة، والإمهال في أداء الديون الحالية .. إذا تبين أن في الظروف ما يبرره" كما إذا كان المدين عاثر الجد مثلاً "وأن ذلك أكفل برعاية مصالح المدين والدائنين جميعاً (كما إذا كان الأجل الممنوح يتيح للمدين فرصة تصفية أحواله في أفضل الأحوال). والمفروض في هذا كله أن الإبقاء على الأجل لا يضر بالدائنين، فلا يكون من بينهم مثلاً من يوشك أن يتقدم على الباقين من طريق التنفيذ فوراً على أموال المدين".**

﴿ الشرح ﴾

- حلول آجال الديون المؤجلة بشهر الإعسار: **يترتب على صدور حكم نهائياً بشهر إعسار المدين سقوط آجال الديون المترتبة في ذمته وتصبح هذه الديون حالة تجوز المبادرة إلى التنفيذ بها. ويكون لأصحابها الرجوع بها وفقاً للإجراءات التي تتناسب معها، سواء بطريق الدعوى أو أمر الأداء، على أن يوضح كل دائن سبب سقوط الأجل الذي كان قد منحه للمدين وتقديم شهادة بصدور هذا الحكم أو صورة رسمية منه (أنور طلبة ص٦١٦). وحتى لا يغبن المدين وأصحاب الديون الحالة من حلول الديون المؤجلة التي حلت بشهر الإعسار مقدار الفائدة الاتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل. فإذا كان الدين المؤجل يستحق الدفع بعد سنة من صدور حكم شهر الإعسار، وكان يشتمل على فائدة اتفاقية مقدارها ٦٪ ، فإن الدين يصبح حالاً بعد أن يخصم منه مقدار هذه الفائدة الاتفاقية، فإن كان لم يشتمل على فائدة اتفاقية وكان واجب الدفع بعد سنة، أصبح حالاً بعد أن يخصم منه مقدار الفائدة القانونية بسعر ٤٪ أو ٥٪ بحسب ما يكون ديناً مدنياً أو تجارياً. أما إذا كان الدين واجب الدفع بعد سنة، وكان المتفق عليه أن يدفع في هذا الميعاد مع فائدة مقدارها ٦٪ مثلاً، فإنه يصبح حالاً دون خصم ودون فائدة (السنهوري ١٠٨٧).**
- جواز إبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة: **أجاز القانون للمدين أثناء نظر دعوى الإعسار أو الطعن المرفوع عن الحكم الصادر بإعساره، أن يطلب إبقاء آجال الديون أو مدها بالنسبة للديون المؤجلة إذا كانت آجالها قريبة، وإن وجدت ديون حلت آجالها، جاز له أن يطلب منحه آجلاً يحدد بالنسبة لظروفه المالية، على أن يقدم هذا الطلب في مواجهة جميع دائنيه، فإن لم يكن أحدهم ماثلاً في الدعوى، وجب إدخاله فيها، وهذا تطبيق لنظرة الميسرة المنصوص عليها في**

المادة ٣٤٦ من القانون المدني (أنور طلبة ص٦١٧). ويجيبه القاضي إلى ما طلب من كل ذلك إذا رأى أن الظروف تبرر إجابة هذا الطلب، وأن من مصلحة المدين والدائنين جميعاً ألا يبادر الدائنون إلى التنفيذ على أموال المدين في ظروف غير مناسبة فتنزل قيمتها، وأن من الخير التربص لفرصة مواتية تباع فيها هذه الأموال بأعلى قيمة فيعود ذلك بالنفع على كل من الدائنين والمدين (السنهوري ص١٠٨٧).

﴿ المـــادة ٢٥٦ ﴾

" لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين.

على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٣٥٦ سوري؛ المادة ٢٧٥ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٤٢ و ٣٤٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد. وأدمجتا في لجنة المراجعة في مادة واحدة تحت رقم ٢٦٨ من المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ قال أحد الأعضاء أن استبقاء الإجراءات الفردية للدائنين بعد شهر الإعسار يفقد نظام الإعسار قيمته، ولكن اللجنة آثرت استبقاء نظام الإعسار على هذا الوجه من الإجراءات الفردية، وفضلت ذلك على الإجراءات الجماعية المتبعة في الإفلاس التجاري. ووافقت اللجنة على النص كما هو تحت رقم ٢٥٦ ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٧٨ – ص٦٨٠).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **"احتفظ المشروع للدائنين بعد إشهار الإعسار بحقهم. في اتخاذ الإجراءات الفردية وهذه هي السمة الجوهرية في الأحكام العامة لنظام الإعسار فالتصفية في كنف هذه الأحكام ليست إجراء جماعياً".**

﴿ الشـــرح ﴾

- احتفاظ الدائنين بعد شهر الإعسار بحقهم في اتخاذ الإجراءات الفردية: **تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥٦ مدني على أنه "لا يحول شهر الإعسار دون اتخاذ الدائنين لإجراءات فردية ضد المدين". فلم ينص المشرع على أن تكون تصفية أموال المعسر جماعية كما في الإفلاس، ولم يغل يد المعسر فيحول بينه وبين إدارة أمواله بل ترك له إدارتها وألزم بها الدائنين طالما برئت من التدليس، وأجاز لكل دائن على حدة أن يبادر إلى التنفيذ بحقه على أموال المدين سواء قبل شهر الإعسار أو بعده وأن يستوفى حقه كاملاً منها ما لم يزاحمه دائن آخر أو أكثر.**
- عدم جواز الاحتجاج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة الدعوى: **تقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ مدني بأنه "لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل". وقد أراد المشرع بذلك أن يحقق المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع ومن ثم لا يتقدم. الدائن الذي بيده حكم واجب التنفيذ، ويستطيع أخذ اختصاص على عقار للمدين، على سائر الدائنين الذين ليس بيدهم أحكام واجبة التنفيذ، ويتعذر عليهم من ثم أخذ الاختصاص مثله. إنما يكون لحق الاختصاص الذي يترتب على هذا الوجه، للدائن ذي الحق السابق على ذلك التسجيل، جدواه له، فيما لو انتهت حالة**

الإعسار، ويستطيع أن يحتج به على الدائنين الذين تنشأ حقوقهم بعد انتهاء حالة الإعسار" (محمد علي عمران ص١٤٢ – محمود جمال الدين زكي ص٩٦).

﴿ المـــــادة ٢٥٧ ﴾

" متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٧ سوري؛ المادة ٢٧٢ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادتين ٣٤٤ و ٣٤٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي "م٣٤٤ – متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسري في حق الدائنين أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، كما لا يسري في حقهم أي وفاء يقوم به المدين، كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار". م ٣٤٥: "١- غير أنه يجوز للمدين، بموافقة أغلبية من الدائنين تمثل ثلاثة أرباع الديون، أن يبيع كل ما له أو بعضه، على أن يخصص الثمن لوفاء ديونه. ٢- فإذا لم يتفق الجميع على طريقة توزيع هذا الثمن، تعين إيداعه خزينة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع" – وفي لجنة المراجعة حذفت المادة ٣٤٥، وحذف من المادة ٣٤٤ العبارة الأخيرة وهي "كل ذلك دون إخلال بحقوق الغير الذين لم يكن في استطاعتهم أن يعلموا بحالة الإعسار"، مادام هناك جهة مركزية موحدة لشهر أحكام الإعسار. فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد وأصبح رقمه ٢٦٩ في المشروع النهائي ووافق مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٧. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٨٠ وص ٦٨٢)

وجاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه "يتفرع على قيام حالة الإعســـار عدم نفاذ أي تصـــرف قانوني للمدين، يكون من شـأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، متى سـجلت صـحيفة دعوى الإعســــار. وكذلك يكون الحكم في كل وفاء يقوم به المدين. وفي هذا تطبيق عملي لأحكام الدعوى البوليصية في كنف نظام الإعسار القانوني، وهو بعد تطبيق تصيب من ورائه شروط هذه الدعوى قسطاً ملحوظاً من التيسـير. ذلك أن مشـقة إقامة الدليل على الإعسـار والتواطؤ تسـقط عن عاتق الدائنين، إذ المدين بحكم الحال معسر عالم بحقيقة حاله. ولا يرد على هذه القاعدة إلا استثناء واحد، يعرض في النادر حيث يمتنع على الغير العلم بإعسار المدين، من جراء عدم تسجيل حكم إشهار الإعسار في قلم كتاب المحكمة، بسـبب إشـهار الإعسـار في قلم كتاب المحكمة، بسـبب تغيير المدين لمحله غشـاً. على أن هذا الاستثناء قاصر على المعاوضات، أما ما يصدر من المدين من التبرعات في حالة الإعسار فلا ينفذ في حق دائنيه، ولو كان من صـــدر له التبرع حســن النية (المادة ٣١٧ فقرة ٢ من المشـــروع) طبقاً للقواعد العامة في الدعوى البوليصية، وذلك في غير إخلال بالعقوبة المقررة بمقتضى المادة ٣٤٨ من المشروع". (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٨١)

﴿ الشـــــرح ﴾

- الآثار المترتبة على تسـجيل صـحيفة الدعوى: يترتب على تسـجيل صـحيفة الدعوى أن أي تصـــرف للمدين يكون من شـــأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته لا ينفذ في حق الدائنين. كما لا ينفذ في حقهم أي وفاء يقوم به المدين سواء كان لدين حال أو مؤجل. وبذلك يكون المشرع قد أعمل حكم الدعوى البوليصـــية في كنف الإعســـار بعد أن يســـر من شـــروطها. فقد كفل حماية الدائنين من التصـرفات الضـارة بمجرد تطبيق أحكام الدعوى البوليصية مع تيسير شروطها، دون أن يذهب إلى حد رفع يد المدين عن أمواله. وعدم نفاذ التصـــرف في حق الدائنين لا يمنع من أن يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف على المدين والمتصرف له. فلو نفذ الدائنون على العين المتصـرف فيها، كان للمتصـرف له الرجوع بالضـمان على المدين. ولو ترك الدائنون على العين دون

أن ينفذوا عليها، بقيت في ملك المتصرف له، لأن التصرف لا يزال قائماً. وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه، بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين المدين والمتصرف له. (السنهوري ص١٠٨٢)

﴿ المـــادة ٢٥٨ ﴾

" يجوز للمدين أن يتصرف في ماله، ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل، وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع.

فإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل كان التصرف غير سار في حق الدائنين، إلا إذا أودع المشتري فرق الثمن الذي اشترى به ما نقص من ثمن المثل ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٨ سوري؛ المادة ٢٧٤ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٤٦ من المشروع النهائي على الوجه الآتي: "ويجوز أيضاً للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء الدائنين، على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يقوم المشتري بإيداع الثمن خزينة المحكمة ليستوفي الدائنون منه حقوقهم". وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً وأضيفت إليه فقرة ثانية، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين الجديد، وصار رقمه ٢٧٠ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٨. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٨٣ – ص٦٨٤)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "أجاز المشروع للمدين أن يتصرف في ماله ولو بغير رضاء دائنيه متى توافر شرطان: أولهما أن يكون التصرف بثمن المثل، وعند الخلاف يرجع إلى رأي الخبراء. وثانيهما أن يودع خزينة المحكمة للوفاء بحقوق الدائنين (قانون المادة ٣٢١ فيما يتعلق بالدعوى البوليصية). (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢ ص٦٨٣)

﴿ الشـــرح ﴾

- جواز تصرف المدين في ماله بغير رضاء الدائنين: **رأينا فيما تقدم أن المادة ٢٥٧ مدني قد نصت على حظر تصرف المدين في أمواله بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار أي بعد شهر إعساره وجعلت التصرفات التي تتم بالمخالفة لها غير نافذة في حق الدائنين ما لم يجمعوا على إقرارها. ولكن جاءت المادة ٢٥٨ باستثناء من هذا الحظر، فأجازت للمدين أن يتصرف في أمواله ولو بغير موافقة الدائنين وذلك بشرطين: الأول: أن يكون البيع بثمن المثل فإن نقص عن ثمن المثل فإن التصرف لا يكون سارياً في حق الدائنين إلا إذا أكمل المشتري الثمن إلى ما يعادل ثمن المثل. الثاني: أن يودع المشتري الثمن كله بما في ذلك تكملته إلى ثمن المثل في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين فيوزع بينهم وفقاً لإجراءات التوزيع (السنهوري ص١٠٨٧). ولا يكون الوفاء بالثمن مبرئاً لذمة المشتري إلا بهذا الإيداع، وبالتالي إذا تعلق البيع بعقار ورفع المشتري دعوى بصحة ونفاذ البيع، وتبين للمحكمة إعسار البائع وأن البيع تم بعد تسجيل صحيفة الإعسار وأن البيع تم بثمن المثل، ولكن هذا الثمن تم الوفاء به للبائع ولم يتم الوفاء به عن طريق إيداعه خزانة المحكمة الابتدائية الكائن بمقرها موطن البائع، فإنها تقضي ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى، إذ يتعين عليها قبل القضاء بصحة ونفاذ العقد أن تتحقق من أن كل طرف قد نفذ التزامه على النحو الذي يتطلبه القانون (أنور طلبة ص٦٢٣). وهذا الاستثناء لا ضرر فيه على الدائنين،**

فقد بيع مال المدين بثمن مثله ووزع الثمن على الدائنين. وفيه خير للمدين، فقد ترك يصـــفي ماله بنفسـه، ولم يبخس فيه كما كان يحتمل أن يبخس لو بيع المال في المزاد العلني، ووفر على نفسـه وعلى دائنيه نفقات البيع الجبري. (السنهوري ص١٠٨٧)

﴿ المـــادة ٢٥٩ ﴾

" إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصـــة بشـهر الإعسـار أن يقرر للمدين، بناء على عريضـة يقدمها، نفقة يتقاضـاها من إيراداته المحجوزة، ويجوز التظلم من الأمر الذي يصـدر على هذه العريضـة، في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صـدوره، إن كان التظلم من المدين، ومن تاريخ إعلان الأمر للدائنين إن كان التظلم منهم ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٥٩ سوري؛ المادة ٢٧٦ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٤٧ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧١ في المشـــروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب بعد تحريرات لفظية جعلته مطابقاً كل المطابقة. ثم وافق عليه مجلس الشيوخ تحت رقم ٢٥٩. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٨٥ – ص ٦٨٧)

وجاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه **"أجاز المشـروع تقرير نفقة للمدين إذا أوقع الدائنون حجزاً على إيراده. وللمدين الذي أشـهر إعسـاره أن يطلب إلى رئيس المحكمة تقرير نفقة له تقتطع من إيراداته المحجوزة، لا من رأس المال، وليس لهذا الإجراء الإنســاني نظير في التقنين الحال، مع ما ينطوي فيه من معنى البر بالمدين العاثر الجد. ويقدم طلب النفقة في صـورة عريضـة، ويكون التظلم من الأمر الصـادر على هذه العريضـة بطريق المعارضـة أمام المحكمة، وترفع هذه المعارضـة في خلال ثلاثة أيام تبدأ من تاريخ صـدور الأمر إن كان المدين هو المتظلم، وتبدأ من تاريخ إعلان هذا الأمر، إن كانت الظلامة صادرة من الدائنين". (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٨٥ وما بعدها)**

﴿ الشـــرح ﴾

- تقرير نفقة للمدين من إيراداته المحجوزة: **أجاز المشـرع للمدين أن يتقدم بعريضـة إلى رئيس الدائرة بالمحكمة الابتدائية المختصـة بشـهر إعسـاره، وهي الكائنة بالمدينة التي يتبعها موطنه طالباً تقرير نفقة وقتية له ولمن يعول من إيراداته المحجوزة. فقد نصـت المادة ٢٥٩ مدني على أنه "إذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادات المدين، كان لرئيس المحكمة المختصـة بشـهر الإعسـار أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها، نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة..." . فمحل مرض هذه النفقة أن تكون للمدين إيرادات محجوزة أو أموالاً تنتج إيرادات؛ أما إذا لم يكن له شـيء من ذلك فإنه لا يجوز بيع بعض أمواله وفرض نفقة منها. ويصـدر رئيس المحكمة الأمر على ذات العريضـة بتقدير المبلغ المناسـب كنفقة وصـرفه للمدين غير مقيد في ذلك بالمبلغ الذي قدره المدين، وله رفض الطلب دون تسـبيب. والأمر الصـادر بتقدير نفقة للمدين، واجب النفاذ فور صـدوره بقوة القانون ويعتبر سـنداً تنفيذياً، ولا يترتب على رفع التظلم وقف تنفيذه، ولكن يجوز للمتظلم أن يطلب ذلك في صـحيفة تظلمه أو أثناء نظر التظلم، ويكون للقاضـي أو المحكمة السـلطة المطلقة في وقف التنفيذ أو الاسـتمرار فيه ما لم يكن التظلم صـالحاً للفصـل فيه، وحينئذٍ ينحصـر قضـاء الحكم في موضوع التظلم دون حاجة للتصدي للشق المستعجل. ويجب تقديم الأمر للتنفيذ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره عملاً بالمادة ٢٠٠ من قانون المرافعات وإلا سقط. ويحوز الأمر حجية وقتية تبقى ببقاء الظروف التي صدر فيها، بحيث إذا تغيرت، جاز المدين أن يتقدم بعريضة جديدة لزيادة النفقة، فإذا وافق رئيس المحكمة على ذلك، وتناول تقدير نفقة للمدين، تعين عليه تسـبيب الأمر ببيان الظروف التي جدت بعد صـدور الأمر الأول وأدت إلى إصـدار الأمر الثاني وأن يكون من شـأنها**

إحداث هذا الأثر ومستمدة من المستندات التي طرحت مع العريضة، فإن لم يسبب أمره، كان باطلاً. (أنور طلبة ص٦٢٦)

- التظلم من الأمر الصادر بتقدير النفقة: يكون للمدين والدائنين التظلم من أمر التقدير للمحكمة التي يتبعها القاضي الآمر وهي المحكمة الابتدائية أو لذات القاضي الآمر، وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى أي بصحيفة تودع قلم الكتاب، ويعتبر الأمر حضورياً بالنسبة للمدين، ومن ثم يبدأ ميعاد التظلم بالنسبة له من تاريخ صدوره ولمدة ثلاثة أيام، أما بالنسبة للدائنين فيكون ميعاد التظلم ثلاثة أيام أيضاً ولكنه يبدأ من تاريخ إعلانهم بالأمر كسند تنفيذي (أنور طلبة ص٦٢٧). ويحكم رئيس المحكمة في التظلم بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه ويكون حكمه قابلاً لطرق الطعن المقررة للأحكام (م١٩٩ مرافعات).

﴿ المادة ٢٦٠ ﴾

" يعاقب المدين بعقوبة التبديد في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار. يقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وشهر إعساره.

ب- إذا كان بعد الحكم بشهر إعساره أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها، أو اصطنع ديوناً صورية أو مبالغاً فيها، وذلك كله بقصد الإضرار بدائنيه ".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٦٠ سوري؛ المادة ٢٧٧ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٤٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: "يعاقب المدين الذي أشهر إعساره بعقوبة التبديد في الحالات الآتية: "(أ) إذا رفعت عليه دعوى بدين، فتعمد الإعسار غشاً وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين. (ب) إذا كان بطريق الغش، وبعد الحكم بإشهار إعساره، قد آثر دائناً على آخر، أو أخفى بعض أمواله ليحول بين الدائنين والتنفيذ عليها، أو أدعى لنفسه ديوناً صورية أو ديوناً مبالغاً فيها. (ج) إذا غير بطريق الغش موطنه، وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه. وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة. (د) ولعدم التوسع في العقوبات، وأصبحت المادة رقم ٢٧٢ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب. وفي مجلس الشيوخ أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً لما استقر عليه التقنين الجديد، وأصبحت المادة رقمها ٢٦٠، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨٨ – ص٦٩٠)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه " يترتب على إشهار الإعسار إعمال جزاء جنائي.. إذ رفعت عليه دعوى بدين فتعمد الإعسار غشاً، بعقد التصرفات المدخولة مثلاً، متى انتهت الدعوى بصدور حكم عليه بأداء ذلك الدين سواء إصدار هذا الحكم قبل إشهار الإعسار أم صدر بعد ذلك.. إما بإخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها (من طريق التصرف غشاً أو من طريق الاختلاس) وإما بادعاء التزامه بديون صورية أو ديون مبالغ في قيمتها (من طريق التواطؤ مع أصحاب هذه الديون) وبهذا الوضع تكون قد اجتمعت في الدعوى البوليصية بفضل تطبيقها العملي مشخصات الدعاوى المدنية والدعاوى الجنائية على حد سواء".

﴿ الشرح ﴾

- حالات معاقبة المدين بعقوبة التبديد: نصت المادة ٢٦٠ مدني على حالتين يعاقب فيها المدين المعسر بعقوبة التبديد: (الحالة الأولى) إذا رفع دائن عليه دعوى بالدين قبل أن يشهر إعساره، ثم حكم عليه بالدين فتعمد، قبل الحكم بالدين أو بعده، أن يعسر بقصد الإضرار بدائنيه، بأن بدد ماله

أو أخفاه أو اصطنع ديوناً صورية أو نحو ذلك من التصرفات التي تؤدي إلى إعساره، وذلك تهرباً من تنفيذ الحكم الذي صـــدر أو ســـيصـــدر. فلهذه الجريمة إذن ركنان: (١) ركن مادي هو الحكم بالمديونية وحكم بشـهر الإعسـار مقترن بالحكم بالمديونية أو لاحق له. (٢) وركن معنوي هو تعمد الإعسـار إضـراراً بالدائنين وتهرباً من تنفيذ الحكم بالمديونية. ومن القرائن على هذا التعمد أن يكون إعســـار المدين على هذا التعمد أن يكون إعســـار المدين قد حدث أثناء نظر دعوى المديونية أو عقب صـــدور الحكم بالمديونية. وإعســـار المدين على هذا النحو شـــبيه بالإفلاس مع التدليس، ويعاقب مثله عقوبة جنائية. (السنهوري ص١٠٨٧). (الحالة الثانية) إذا قام المدين بعد شهر إعساره بإخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديوناً صورية أجعل ديونه مبالغاً فيها. وذلك بقصد الإضرار بدائنيه بإنقاص النصيب الذي يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ. ويبين من ذلك أن هذه الجريمة أيضاً جريمة عمدية ولكنها تختلف عن الجريمة السابقة في أن ركنها المادة أعمال تالية لصدور الحكم بشهر الإفلاس لا سابقة له، ولا يشترط فيها صدور حكم بالمديونية، وفي أن ركنها المعنوي ليس تعمد الإعسار كما في الحالة السابقة لأن المفروض أن الإعسار تم شهره قبل ارتكاب الأعمال المكون للركن المادي بل هو تعمد زيادة الإعســـار إضـــراراً بالدائنين (ســـليمان مرقس ص٢٨٥). ويعاقب بذات العقوبة، كل من شارك المدين سواء بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق، كمن صدر له سند الدين الصوري أو من قبل زيادة دينه أو من أخفى أموال المدين، متى كان عالماً بحالة المدين. ويتحمل الدائنون والنيابة العامة إثبات هذه الجرائم بكافة طرق الإثبات (أنور طلبة ص ٦٢٩).

انتهـــاء حالـــة الإعســـار

﴿ المـــــادة ٢٦١ ﴾

" تنتهي حالة الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي تبعها موطن المدين بناء على طلب ذي الشأن في الحالتين الآتيتين:

أ- متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد عن أمواله.

ب- متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون لشـــهر الإعســـار أثر في حلولها. وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بشهر الإعسار إلى ما كانت عليه من قبل وفقاً للمادة ٢٦٣.

ويؤشـــر كاتب المحكمة من تلقاء نفســـه بالحكم الصـــادر بانتهاء حالة الإعســـار يوم صدوره على هامش التسجيل المنصوص عليه في المادة ٢٥٣ وعليه أن يرسل صورة منه إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٦١ سوري؛ المادة ٢٧٨ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادتين ٣٤٩ و ٣٥٠ من المشـــروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يتضمن حالة ثالثة لانتهاء الإعسار بموجب حكم قضـائي: "متى قبل الدائنون أو بعضـهم إبراء المدين من بعض ديونه بحيث لا يزيد الباقي في ذمته من الديون على ما عنده من مال"، وفيما عدا أن المشروع التمهيدي لم يكن ينص على إرسال صورة من حكم إنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر. وفي لجنة المراجعة أدمجت المادتان إلى مادة واحدة، وحذفت الحالة الثالثة المشـــار إليها لدخولها في الحالة الأولى، وأضـــيف النص على إرسال صورة الحكم إلى قلم كتاب محكمة مصر، فأصبحت المادة مطابقة لما استقر عليه في التقنين

المدني الجديد، وصار رقمها ٢٧٣ في المشروع النهائي، ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٩١ – ص ٦٩٣).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "... وتتبع في الحكم بانتهاء حالة الإعسار في الحالة الثانية نفس الإجراءات الخاصة بحكم إشهار الإعسار. فهو يصدر من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها آخر محل (موطن) للمدين – ولا يتحتم صدوره من المحكمة التي أصدرت حكم إشهار الإعسار – بناء على طلب كل ذي شأن (المدين أو الدائن أو خلف آل إليه مال من المدين) ويقبل الطعن فيه بالطرق نفسها، ولكن في المواعيد العادية".

《 الشــرح 》

- انتهاء حالة الإعسار بحكم قضائي: للمدين الحق في رفع دعوى أمام المحكمة التي أشهرت إعساره أو محكمة موطنه الجديد للحكم بإنهاء حالة الإعسار وذلك في حالتين: الحالة الأولى: عندما يثبت أن الديون التي في ذمة المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، وهو ما يقتضي تقديم الأدلة على قيمة الأصول الثابتة والمنقولة المملوكة له، وللمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة للتحقق من تلك القيمة، ويدخل في البحث كافة الديون التي شغلت بها ذمة المدين بما فيها ما يحل أثناء نظر الدعوى والديون المؤجلة، وإذا حل دين أثناء نظر الدعوى وجب تقديم الدليل على الوفاء به، أو أن أموال المدين كافية لذلك (أنور طلبة ص٦٣٠)، الحالة الثانية: إذا قام المدين بالوفاء بديونه التي حلت آجالها دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها. فلا عبرة في هذه الحالة بالديون التي حلت بسقوط آجالها بسبب الحكم بشهر الإعسار، وإنما العبرة بوفاء الديون التي كانت حالة وقت شهر الإعسار والتي حلت بعده بحلول أجلها. فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة، رجعت آجال الديون المؤجلة، ولما كانت آجالها وشيكة الحلول، فإن أصحابها يستوقفون الدين قبل غيرهم من أصحاب الديون الأخرى. وظاهر أن المدين إذا كان قد وفى بجميع الديون المشار إليها، فإنه يصبح في حالة كان لا يستطيع معها طلب شهر إعساره، وهذا هو المبرر لإنهاء حالة الإعسار في هذه الحالة (عزمي البكري ص١١٥٤) ففي أي من الحالتين السابقتين تنتهي حالة الإعسار لا بقوة القانون بل لابد من صدور حكم بإنهاء هذه الحالة. وهذا الحكم، كالحكم بشهر الإعسار، منشئ لا كاشف، ويقبل الطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً في المواعيد العادية. ويصدر من المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين، وتكون عادة هي المحكمة التي أصدرت الحكم بشهر إعساره، ما لم يكن المدين قد غير موطنه. ويصدر بناء على طلب كل ذي شأن وأول ذوي الشأن في هذا الطلب هو المدين نفسه، فمن مصلحته، متى توافرت إحدى الحالتين السابقتين، أن يطلب إنهاء إعساره، إذا كان دينه في الأصل وشيك الحلول، ثم حل هو وغيره من الديون المؤجلة بسبب شهر الإعسار. فإذا انتهت حالة الإعسار بتوفيه الديون الحالة، رجعت الآجال إلى الديون المؤجلة. ولما كان أجل دينه وشيك الحلول فإنه يستوفي الدين قبل غيره من أصحاب الديون المؤجلة، وقد يظفر به كاملاً. ومتى صدر الحكم بإنهاء حالة الإعسار من المحكمة المختصة، أشر كاتب المحكمة من تلقاء نفسه، يوم صدور الحكم، بانتهاء حالة الإعسار على هامش التسجيل المقيد في السجل الخاص بالمحكمة ذاتها. فإذا كان المدين قد غير موطنه، ورفعت دعوى إنهاء الإعسار في محكمة موطنه الجديد، وجب التأشير بالحكم في سجل كل من المحكمتين، المحكمة التي أصدرت الحكم بإنهاء حالة الإعسار والمحكمة التي أصدرت الحكم بشهر الإعسار. وفي جميع الأحوال يجب أن ترسل صورة الحكم بإنهاء حالة الإعسار إلى قلم كتاب محكمة مصر للتأشير به كذلك في السجل الموجود بهذه المحكمة. (السنهوري ص١٠٩٠)

﴿ المـــــادة ٢٦٢ ﴾

" تنتهي حالة الإعسار بقوة القانون متى انقضت خمس سنوات على تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٣٦٢ سوري؛ المادة ٢٧٧ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٥١ من المشـــروع التمهيدي على وجه مطابق لما اســـتقر عليه التقنين الجديد ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٧٤ في المشـــروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٢. (مجموعة الأعمال التحضيرية ص٦٩٤ – ٦٩٥)

وجاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه **"تنتهي حالة الإعســـار القانونية بحكم القانون وتظل عسرة المدين قائمة.. بيد أنها تصبح أمراً واقعاً لا حالة تنظمها أحكام القانون. وذلك أن أموال المدين، سواء أصفيت أم لم تصف في خلال السنوات الخمس (وهي المدة المخصصة للتصفية) تبقى على حالها من القصور عن الوفاء بديونه".**

﴿ الشـــــرح ﴾

- انتهاء حالة الإعســـار بقوة القانون: **تنتهي حالة الإعسـار بقوة القانون بانقضـاء خمس سـنوات على تاريخ التأشـيرات بالحكم الصـادر بشـهر الإعســـار (م٢٦٢) وقد أعطى القانون مهلة للدائنين لتصفية أموال مدينهم واستيفاء حقوقهم منها، عن طريق الإجراءات الفردية، فأمهلهم خمس سنوات من تاريخ التأشير بالحكم الصادر بشهر الإعسار، وهي مدة كافية لتصفية أموال المدين. ولا يجوز أن يبقى المدين بعد انقضاء هذه المدة في حالة الإعسار التي لحقته، فإن هذه الحالة قد غلت يده عن التصـــرف في أمواله، فوجب التوفيق بين مصـــلحته ومصـــلحة دائنيه، فروعيت مصـــلحة هؤلاء بإعطائهم مدة كافية لاستيفاء حقوقهم عن طريق الحجز على أموال مدينهم، وروعيت مصلحة المدين بإنهاء حالة الإعسار بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة. (السنهوري ص١٠٩٢) وبانقضاء هذه المدة، تنتهي حالة الإعسـار بقوة القانون دون حاجة لتقديم طلب أو صـدور حكم أو حتى التأشـير بذلك على هامش التسـجيل إذ يسـهل لمن يتعامل مع المعسـر احتسـاب المدة منذ تاريخ التأشـير بالحكم إلى تاريخ تعامله معه بالإطلاع على سجل قيد المعسرين المرتب بحسب أسماء المعسرين بالمحكمة التي بها موطن المدين ٢٥٣". (أنور طلبة ص٦٣٢)**

﴿ المـــــادة ٢٦٣ ﴾

" يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعســـار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار ولم يتم دفعها إلى أجلها السابق، بشرط أن يكون قد وفى ديون التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٦٣ سوري؛ المادة ٢٧٩ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٥٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: "يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعســـار، أو بعد وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لإشـــهار الإعســـار أثر في حلولها، بشـــرط أن يكون قد وفى جميع أقســـاطها التي حلت". وفي لجنة المراجعة حذفت عبارة "أو بعد وفاء الديون التي حلت دون أن يكون لإشـــهار الإعســـار أثر في حلولها"، لأنها وردت في الحالة (ب) من المادة ٣٤٩ (م٢٦١ من التقنين الجديد) وأصبحت المادة رقمها ٢٧٥ في المشـروع النهائي. ووافق

عليها مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة "قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها" بعبارة "قد وفى جميع أقساطها التي حلت"، لأن العبارة الأولى أوضح وأدق في بيان المقصود، فضلاً عما في العبارة الثانية من إبهام قد يوحي بأن ما وقع عليه الوفاء هو أقساط الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار مع أن المقصود غير ذلك. وأصبحت المادة رقمها ٢٦٣. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٩٦ – ص٦٩٧)

﴿ الشـــرح ﴾

- جواز إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار إلى آجالها السابقة: **يجوز للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار إلى أجلها السابق، طالما أن الوفاء بها لم يتم، إذ لو تم الوفاء بها ما كان للمدين الرجوع فيه لأنه تم لدين حال فيكون وفاء صحيحاً غير مشوب بغلط. ويشترط لذلك أن يكون المدين قد وفى ديونه التي حلت ولم يكن لشهر الإعسار أثر في حلولها. فإن انتهت حالة الإعسار بحكم قضائي، فللمدين أن يطلب إعادة الديون إلى أجلها السابق، ويبدي هذا الطلب بصحيفة الدعوى أو بطلب عارض، وعلى المحكمة إجابة هذا الطلب فتعود الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار إلى أجلها فلا تحل إلا بانقضائه، ويشترط الإجابة الطلب أن يكون المدين قد وفى ديونه التي حلت ولم يكن لشهر الإعسار أثر في حلولها. أما إن انتهت حالة الإعسار بحكم القانون، فللمدين أن يطلب – بدعوى مبتدئة – إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار، ويشترط لذلك أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون لشهر الإعسار أثر في حلولها. (أنور طلبة ص٦٣٤)**

﴿ *المـــادة ٢٦٤* ﴾

" انتهاء حالة الإعسار بحكم أو بقوة القانون لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين، ولا من التمسك باستعمال حقوقه وفقاً للمواد من ٢٣٥ إلى ٢٤٣".

﴿ *التعليـــق* ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية؛ المادة ٢٦٣ سوري؛ المادة ٢٧٩ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٥٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي: "ليس للدائنين أن يطعنوا فيما يقوم به المدين بعد انتهاء حالة الإعسار من تصرف في ماله أو من وفاء لديونه، إلا إذا انطوى هذا التصرف أو الوفاء على الغش، وبالقدر الذي يسمح به القانون". وفي لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلاً أكثر دلالة على المعنى المراد، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وصار رقمها ٢٧٦ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٦٤. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٦٩٨ – ٧٠٠)

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "وتترتب على انتهاء الإعسار بحكم القانون، أو بحكم **القضاء آثار عدة، يحسن الاجتزاء بالإشارة إلى أثرين منها: (أ) أولهما يتصل بحرية المدين في التصرف. فمتى انتهت حالة الإعسار كان له أن يتصرف في أمواله، دون أن ترد على حريته في هذا الشأن القيود المقررة بمقتضى المادتين ٣٤٥، ٣٤٦ فله أن يتصرف في أمواله دون رضاء دائنيه، ودون إيداع الثمن خزينة المحكمة، متى كان التصرف بمأمن من الطعن فيه بطريق الدعوى البوليصية (المادة ٢٥٣ من المشروع) ويراعى أن هذه الدعوى تكون أيسر قبولاً حيث ينتهي الإعسار بحكم القانون بانقضاء خمس سنوات، وتتخلف عسرة تظل باقية في نطاق الأمر الواقع. (ب) أما الأثر الثاني فيتصل**

بحقوق الدائنين، فيلاحظ أولاً أن حقهم في اتخاذ إجراء للتنفيذ على أموال المدين يظل مطلقاً، كما كان مكفولاً لهم من قبل. ويلاحظ من ناحية أخرى أن رخصة الاختصاص بعقارات المدين تعود إليهم، ويكون ما يترتب من الحقوق بمقتضاها نافذاً في حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى إشهار الإعسار (المادة ٣٤٣ من المشروع). ولكن إذا كانت ثمة ديون حلت بسبب إشهار الإعسار فللمدين أن يطلب رد آجالها السابقة، متى كان قد أدى الأقساط المستحقة منها (أنظر المادة ٣٥٢ من المشروع). وللمدين أن يطلب ذلك أيضاً ولو قبل انتهاء حالة الإعسار، متى وفق إلى أداء الديون التي حلت دون أن يكون لإشهار الإعسار أثر في حلولها (المادة ٣٥٢). (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص٦٩٩ وما بعدها)

﴿ الشـــرح ﴾

- آثار انتهاء حالة الإعسار: **متى انتهت حالة الإعسار، سواء بحكم قضائي أو بحكم القانون، يترتب على ذلك انتهاء كافة الآثار التي ترتبت على حكم الإعسار، فيكون للمدين التصرف في أمواله تصرفاً نافذاً في حق دائنيه دون إيداع الثمن خزينة المحكمة ولا تسري أحكام المادة ٢٦٠ وتنقطع النفقة إذ أنها رهينة ببقاء حالة الإعسار. ويصبح حق الدائنين في اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المدين مطلقاً، كما كان مكفولاً لهم من قبل. وتعود إليهم رخصة الاختصاص بعقارات المدين، ويكون ما ترتب من الحقوق بمقتضاها نافذاً في حق كل دائن ليس لدينه تاريخ ثابت عند رفع دعوى إشهار الإعسار.**
- انتهاء حالة الإعسار لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين: **إذا زالت حالة إعسار المدين بحكم أو بقوة القانون، فإن زوال هذا الإعسار القانون لا يمنع من أن يكون المدين معسراً إعساراً فعلياً. وفي هذه الحالة لا يكون أمام الدائن إذا ما أراد الطعن في تصرفات المدين سوى اللجوء إلى الدعوى البوليصية ولا يكون أمامه أيضاً إذا أراد استعمال حقوقه سوى اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة. ذلك أنه لا يشترط في استعمال الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية سوى الإعسار الفعلي لا القانوني للمدين. مفاد ذلك أن المدين قد تعاقب عليه حالتا الإعسار القانوني والإعسار الفعلي فإن كان إعساره إعساراً فعلياً. خضعت تصرفات المدين لأحكام الدعاوى غير المباشرة والبوليصية والصورية، أما إن كان قانونياً، سرت أحكام الإعسار وحدها على نحو ما أوضحناه فيما تقدم. فمتى انتهت حالة الإعسار، فلا سريان لأحكام الإعسار القانوني، باعتبارها أحكاماً خاصة، ومن ثم تسري الأحكام العامة وهي أحكام الإعسار الفعلي، فتخضع تصرفات المدين، بعد انتهاء حالة إعساره، لأحكام الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البوليصية أو دعوى الصورية، وذلك وفقاً لأحكام المواد ٢٣٥ – ٢٤٥ مدني. (أنور طلبة ص٦٣٦)**

الباب الثالث

الأوصـاف المعـدلة لأثـر الالتـزام

الفصل الأول: الشرط والأجل

١- الشرط

﴿ المــــادة ٢٦٥ ﴾

" يكون الالتزام معلقا علي شـرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا علي أمر مسـتقبل غير محقق الوقوع ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٦٥ ســـوري، المادة ٢٥٢ ليبي، المادة ٢٨٥ عراقي، المادة ٨١ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٨٥ من المشروع التمهيدي علي الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة، وأصـبح المادة ٢٧٧ في المشـروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٦–ص٨).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه ".. فإذا علق الالتزام علي أمر تم وقوعه من قبل ترتب الالتزام منجزا لا معلقا ولو كان المتعاقد علي جهل بذلك.. وإذا كان الأمر مستقبلا ولكن محقق الوقوع فهو من قبيل الأجل ويتضمن تعريف الشرط عناصر التفرقة بين الشرط الموقف أو الواقف وهو ما يعلق عليه وجود الالتزام (سـببا) وبين الشــرط الفاســخ وهو ما يترتب علي تحققه زوال الالتزام.. ويراعي أن التعليق يرد علي الالتزام ذاته دون العقد أو التصـرف القانوني بوجه عام. فالواقع أن كل تعبير عن الإرادة يتضمن صورة من صور التعليق ينشئ التزاما شرعيا"..

《 الشــــرح 》

- المقصود بالشرط: الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب علي وقوعه وجود الالتزام أو زواله. فإذا ترتب علي وقوعه وجود الالتزام كان الشرط واقفا، أما إذا ترتب علي وقوعه زوال الالتزام كان الشرط فاسخا. ويتضح لنا من هذا التعريف أن الشرط نوعان: واقف وفاسخ.
- نوعا الشـرط: (١) الشـرط الواقف: وهو الشـرط الذي يتوقف علي تحققه وجود الالتزام، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلي الوجود (السنهوري ص٢٤) مثل ذلك أن يعلق الواهب لأبنه علي شرط أن يتزوج، فالزواج هنا شـــرط واقف، إذا تحقق وتزوج الابن فقد وجد الالتزام الأب بالهبة، وإذا تخلف للشـــرط ولم يتزوج الابن فإن التزام الأب بإعطاء هبة لابنه لا يوجد. كذلك إذا باع الوصـــي عينا مملوكة للقاصر وعلق هذا البيع علي موافقة محكمة الأحوال الشخصية فإن هذا الالتزام يكون معلقا علي شرط واقف هو موافقة محكمة الأحوال الشخصية، فإن تحقق ووافقت المحكمة علي البيع وجد الالتزام وإن تخلف لا يوجد الالتزام.

وقد قضـت محكمة النقض بأن "الشـرط الواقف من شـأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا وأحكام هذا الشـــرط الواقف إنما تقتصر علي الشرط الذي ينشأ عن إرادة الملتزم، أما إذا كان القانون هو الذي فرض الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فذلك لا يعتبر شرطا بمعناه الصحيح، إذ الشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه القانون مصدره، لأنه في هذه الحالة يعد عنصرا من عناصر الحق ذاته ولا يتصـور قيام الحق بدونه ومن ثم لا يوجد الحكم المشـروط ولا يثبت إلا عند تحقق شـرطه أما قبل ذلك فلا يثبت لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر" (الطعن رقم ٢٠٧٠ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٤٢ جلسـة ١٩٨٩/١/٢٤)، وبأنه "إذا كان الشـرط الواقف من شـأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة المشـروطة، فيكون الالتزام في فترة التعلق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا مما يترتب عليه أنه لا يجوز للمســـتأجر خلالها أن يتخذ الوســـائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط، وكانت دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها علي محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضا، اعتبارا بأن الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذ سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢١٠ من القانون المدني، فإن ما خلص إليه الحكم من أن تنفيذ الالتزامات الناشـــئة عن العقد مرتبطة باسـتصـدار التراخيص ورتب علي ذلك أن الدعوى مرفوعة قبل أوانها فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٩١٤ لســنة ٣٤ق س٢٩ ص٢٣٤ جلســة ١٩٧٨/١/١٨)، وبأنه "التزام طرفي العقد بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حســن النية علي نحو ما نصـت عليه المادة ١/١٤٨ من القانون المدني، مؤداه، ليس للمدين تحت هذا الشـرط القيام بعمل من شـأنه منع الدائن من اسـتعمال حقه عند تحقق الشرط، وكل تصرف من جانبه يحول دون تحقق الشرط يحقق خطأ يستوجب التعويض ولو لم يصـــل إلي حد الغش لما ينطوي العيني، أي اعتبار الشـــرط متحققا حكما ولو لم يتحقق بالفعل فيصـبح الالتزام الشـرطي نافذا بعد أن تغير وصـفه من التعليق إلي التنجيز" (الطعن رقم ٥٤١٤ لسـنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)، وبأنه "إذا أذن القاضي باستبدال الوقف فإن الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصـة صـيغة البدل الشـرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصـل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسـو عليه مزاد العين المراد اسـتبدالها يعتبر معلقا علي شـرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضـت المحكمة توقيع صـيغ البدل للراسي عليه المزاد فإن التعاقد يصـــبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراســـي عليه المزاد إذا رفضـــت المحكمة توقيع صـــيغة البدل الشـــرعية له وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلي هذا الغير أن يرجع علي وزارة الأوقاف بضـمان الاسـتحقاق طبقا لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض علي أسـاس فسـخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون إلا علي أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا علي عقـد كـان لـه وجود" (الطعن رقم ٤٥٢ لســـنـة ٣٩ق س٢٥ ص١٤١٣ جلســـة

١٩٧٤/١٢/١١، الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٧ق س١٤ ص١٢٣ جلسة ١٩٦٣/١/١٧)، كما قضت بأنه "متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه "لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (ببيع أطيان موقوفة بأنه معلق علي شرط احتمالي، ذلك ن الشرط الاحتمالي هو الذي يتوقف حصوله علي المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت علي شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية علي البدل، فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق علي شرط واقف إنما هو تكييف صحيح. حق الدائن في الالتزام المعلق علي شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه، ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذا إلا إذا تحقق الشرط، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق ولو لم يقع بالفعل) إذا حدث غش أو خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه" (الطعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣١ق س١٧ ص١٣٢٣ جلسة ١٩٦٦/٦/٧)، وبأنه "من القواعد العامة في الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام أنه إذا علق الالتزام علي شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين، فإذا الشرط يتحقق إذا انقضي الوقت دون أن يقع هذا الأمر، وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقع، فإذا لم يحدد وقت فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حد اليقين، وتقدير ذلك بأدلة تبرره عقلا مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع"(الطعن رقم ٦٧٩ لسنة ٤٢ق س٢٧ ص٨٣٨ جلسة ١٩٧٦/٣/٣١).

(٢) الشرط الفاسخ: هو الشرط التي يرتب علي وقوعه أو الالتزام مثل ذلك أن يعلق مؤجر الأرض الفضاء زوال الإيجار علي صدور ترخيص له بالبناء، فهذا يعد شرط فاسخ يزول الالتزام بتحققه. كذلك إذا علق الدائن نزوله عن جزء من حقه علي دفع المدين الأقساط الباقية كل قسط في ميعاده. فالشرط هنا شرط فاسخ إذا تخلف بأن تأخر المدين في دفع الأقساط الباقية اعتبر نزول الدائن عن جزء من المدين كأن لم يكن. والالتزام المعلق علي شرط فاسخ يوجد في الحال وينفذ ولكن زواله هو الذي يعلق علي الشرط، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأن لم يكن، أما إذا تخلف الشرط فقد أصبح الالتزام باتا وهناك ما يسمي بالشرط الفاسخ الضمني، وهو مفروض في العقد الملزم للجانبين، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في فسخ العقد وطبيعة الشرط الفاسخ الصريح الذي نحن بصدده تختلف كل الاختلاف عن طبيعة ما يسمي بالشرط الفاسخ الضمني إذا أن الشرط الفاسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضي، فللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو شرط موجب للفسخ حتما لا يخضع لتقدير القاضي.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الشرط الفاسخ الصريح، يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد بحيث لا يبقي لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن يتحقق فعلا السبب الذي يترتب عليه الفسخ" (الطعن رقم ٧٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٧، الطعن رقم ٦٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٨، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص١٥٠٤ جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠)، وبأنه "إذا كان الحكم الابتدائي قد بني الفسخ الذي قضي به علي الشرط الضمني، ثم جاء الحكم الاستئنافي مقاما من ناحية علي قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى علي أسباب الحكم الابتدائي، فإنه يكون متناقضا لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر" (مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص٣٥ نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥)، وقضت أيضا بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكما، فالشرط الفاسخ الضمني (le pacte commissoire tacite) لا يستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ، أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم)

موجب للفسخ حتما، فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلي الوفاء، بل قد يكون الفسخ الصريح موجبا للفسخ بلا حاجة إلي تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة علي وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلي تنبيه ولا إنذار، وعلي ذلك فإذا كانت محكمة الدرجة الأولي قد أقامت قضاءها بفسخ العقد علي أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقا في طلب الفسخ بناء علي الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت: إن الفسخ كان متفقا عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولا علي حكم الشرط الفاسخ الصريح عملا بنص المادة ٣٣٤ مدني (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها أنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسبابا لحكمها هذا يكون قد أقيم علي أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرط الفسخ الصريح والفسخ الضمني طبيعة وحكما، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص١٥٥ نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٤٦)، وقضت أيضا بأن القانون لم يشترط ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني القديم، وعلي ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد علي أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه، ونصا علي أنه عمد إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلي الشرط الفاسخ الصريح أي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص٦٨٨ نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨)، وبأنه "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة علي وجوب الفسخ حتما عند تحققه، وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع أنه "إذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة به يعتبر البيع لاغيا فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديدا للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألا تقضي بالفسخ استنادا إلي الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز في البيع قليل الأهمية بالنسبة إلي الالتزام في جملته فإنها لا تكون قد خالفت القانون" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٤ ص٤٩ جلسة ١٩٧٣/١/١٩، الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥، مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ ص٨٥٩ جلسة ١٩٦٧/٣/٢٠) ويلاحظ أن كل شرط فاسخ يتضمن وجود شرط واقف سواء كان ذلك في الالتزام أو في الحق العيني. فمن التزم بهبة علي أن تفسخ إذا رزق ولدا، كان مدينا بالهبة تحت شرط واقف هو نفس الشرط الفاسخ بالنسبة إلي الواهب، فإذا رزق الواهب ولدا فتحقق الشرط، فإن تحققه كشرط فاسخ يزيل التزام الواهب بالهبة فيستردها من الموهوب له، وتحققه كشرط واقف يوجد التزام الموهوب له برد الهبة إلي الواهب فيردها إليه، وكذلك الحكم في الحق العيني كحق الملكية إذا علق علي شرط فاسخ، فإن الشئ الواحد يصبح له مالكان، أحدهما مالك تحت شرط فاسخ، والآخر مالك تحت شرط واقف، والشرط الفاسخ بالنسبة إلي الأول هو نفس الشرط الواقف بالنسبة إلي الثاني، فإذا ما تحقق هذا الشرط فقد انفسخت ملكية الأول وقامت ملكية الثاني، أما إذا تخلف الشرط فقد سقطت ملكية الثاني وأصبحت ملكية الأول ملكية باتة (السنهوري ص٣٠) والشرط أمر خارج عن الالتزام، فهو وصف يلحق به بعد نشوئه وليس ركنا فيه، ولذلك إذا جاء خلوا من الشرط، كان منجزا لأن الشرط يؤدي إلي أرجاء تنفيذ الالتزام أو إلي زواله، ويكون للزوال أثر رجعي فيعتبر الالتزام كأن لم يكن أما أن ورد الشرط قبل نشوء الالتزام، فإنه لا يكون شرطا إنما تعديلا للقبول مما يعتبر معه هذا القبول إيجابا جديدا فلا يقوم الالتزام إلا إذا صادفه قبول مطابق، مثال ذلك أن تطلب مؤسسة الكهرباء من مالك العقار عندما يتقدم بطلب لتوصيل الكهرباء أن يخصص مكانا بعقاره

توضع به الكابلات والأجهزة اللازمة للمنطقة مقابل إعفاءه من نفقات التوصيلات لعقاره، فهذا إيجاب، فإن طلب المالك أجرة مقابل ذلك تستحق شهريا، فإن قبوله يكون مشروطا فيعد إيجابا جديدا، فلا يعد ذلك شــرطا مما عنته المادة ٢٦٥ لوروده قبل نشـــوء الالتزام وفي فترة تكوينه "م٩٦" (أنور طلبه ص٦٣٨)، ويرد الشرط علي الحقوق الشخصية والعينية، لكنه لا يرد علي الالتزامات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنفقة والحضانة والحجز والنسب إذ يخضع كل ذلك للقانون مباشرة دون أن يكون للأفراد تعليق تنفيذ أحكامها علي شرط (أنور طلبه ص٦٣٨)، وتقدير ما إذا كان الالتزام منجزا أو معلقا علي شرط من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع.

وقد قضــت محكمة النقض بأن "المقرر في قضــاء محكمة النقض أن تقدير ما إذا كان الالتزام منجزا أو معلقا علي شرط من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع. كما أن لها سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع عليه واســتظهار مدلوله بما تضــمنته عباراته علي ضــوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وذلك دون معقب متى أقامت قضاءها علي أسـباب سـائغة لها مأخذها الصـحيح وكافيا لحمل قضـائه" (الطعن رقم ١٨٥ لسـنة ٦٨ق جلسـة ١٨/٤/١٩٩٩)، وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه "لا يمكن وصـف العقد المبرم بين الطرفين (بيع أطيان موقوفة) بأنه معلق علي شـرط احتمالي ذلك لأن الشـرط الاحتمالي هو الذي يتوقف حصـوله علي المصـادقات المحضـة دون أن يتعلق بإرادة إنسـان والصـحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت علي شـرط موقف هو شـرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية علي البدل" فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق علي شـرط واقف إنما هو تكييف صــحيح، وحق الدائن في الالتزام المعلق علي شــرط واقف هو ما ينظمه القانون ويحميه ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذا إلا إذا تحقق الشرط غير أن الشرط يعتبر قد تحقق ولو لم يقع بالفعل إذا حدث غش أو خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه" (نقض ١٩٦٦/٦/٧ س١٧ ص١٣٢٤).

- خصــائص الشــرط: يلزم لقيام الشـرط، أن يكون أمرا مسـتقبلا غير محقق الوقوع "م٢٦٥" وأن يكون ممكنا وغير مخالف للنظام العام والآداب، وألا يكون إراديا محضا "م٢٦٧". فيجب لاعتبار الواقعة شرطا، أن تكون أمرا مستقبلا لاحقا للالتزام، فإن كانت معاصرة للالتزام أو سابقة عليه ولو لم يعلم المتعاقدان بوقوعها، كان الالتزام منجزا، فالوعد بجائزة في حالة العثور علي شـــئ فاقد، يكون التزاما معلقا علي شــرط قبل العثور، أما أن كلن العثور قد تم قبل الالتزام أو عند وجوده، فإن الالتزام يكون منجزا. أما أن علق زوال الالتزام علي أمر معين، وكان هذا الأمر قد وقع قبل قيام الالتزام أو وقت قيامه، فإن الالتزام لا ينشأ أصر (أنور طلبه ص٦٤٠).

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه "فإذا علق الالتزام علي أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا، ولو كان المتعاقدان علي جهل بذلك (أنظر المادة ١١٨١ من التقنين الفرنسي، والمادة ٨١ من التقنين اللبناني) (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٧).

وقد قضــت محكمة النقض بأن "إذا كان المقرر–وعلي ما جاء بالمذكرة الإيضـاحية للمشــروع التمهيدي للتقنين المدني–أنه إذا علق الالتزام علي أمر تم وقوعه من قبل، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا، ولو كان المتعاقدان علي جهل بذلك، فإن تعليق التزام المطعون ضده (البائع) بنقل ملكية الشقة المبيعة إلي (المشـــتري) الطاعن علي تكون اتحاد ملاك إزاء ما هو ثابت في الأوراق–ولا يماري فيه المطعون ضـده من أن شـقق العقار المشـتمل عليه الشـقة موضـوع النزاع تزيد علي خمس، وعدد مشـتريها يجاوز خمسـة أشـخاص–لا يغير من كونه التزاما منجزا صـالحا للمطالبة بتنفيذه" (الطعن رقم ٥٤١٤ لسـنة ٦٣ق جلسـة ٢٠٠١/٢/١٣)، ويجب كذلك لاعتبار الواقعة شـرطا أن تكون غير محققة الوقوع، فإن كانت محققة الوقوع كانت أجلا لا شـــرطا حتى ولو كان وقت وقوعه غير معروف. ومن ثم فالتزام

المشتري بأن يدفع للبائع ثمنا هو إيراد مرتب طول حياته، فقد جعل المشتري لالتزامه أجلا فاسخا هو موت البائع، والموت أمر محقق، وإن كان لا يعرف متى يقع، والتزام شركة التأمين علي الحياة بأن تدفع مبلغ التأمين إلي ورثة المؤمن عليه عند موته هو التزام مضاف إلي أجل واقف لا معلق علي شرط واقف علي أن الموت قد يكون شرطا إذا اقترن بملابسات تجعله غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملابسات، فإذا وهب شخص دارا لاثنين علي التعاقب بشرط ألا تنتقل الدار إلي الثاني إلا إذا عاش بعد موت الأول قبل موت الموهوب له الثاني،وتكون الهبة الثانية معلقة علي شرط واقف هو أن يعيش الموهوب له الثاني بعد موت الموهوب له الأول، فالموت في هاتين الهبتين شرط لا أجل، إذ اقترن بملابسات جعلته في كل منهما غير محقق الوقوع، هو محقق الوقوع في ذاته،ولكن أن يموت أحد الموهوب لهما قبل الآخر هذا هو الأمر غير محقق الوقوع، فيصبح الموت في نطاق هذه الملابسات شرطا لا أجلا (السنهوري ص١٧)، ولا يكون الأمر شرطا إذا كان مستحيل الوقوع، كأن يعد شخص بجائزة لمن يعبر المحيط سباحة أو لمن يطير في الهواء بغير طائرة. وهذه استحالة مادية، إنما قد تكون الاستحالة قانونية، وذلك إذا عاق تحقق الشرط مانع قانوني، كأن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالا معينا إذا حصل علي تنازل شخص ثالث عن نصيبه في تركة إنسان علي قيد الحياة.

- تكييف العقد: متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه "لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (ببيع أطيان موقوفة) بأنه معلق علي شرط احتمالي. ذلك لأن الشرط الاحتمالي هو الذي يتوقف حصوله علي المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت علي شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية علي البدل" فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق علي شرط واقف إنما هو تكييف صحيح" (الطعن رقم ٤٢ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٦/٧).

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان يبين من نصوص عقد شركة من الشركات أن الشركة قد تكونت فعلا منذ حرر عقدها وأصبح لها كيان قانوني وقامت فور توقيع الشركاء علي العقد المنشئ لها، كما باشرت نشاطها منذ اليوم المحدد في العقد فإن الشرط الوارد بالعقد والذي يقضي بأنه في حالة تخلف أحد الشركاء عن دفع حصته في رأس المال في الموعد المحدد تسقط حقوقه والتزاماته. هذا الشرط لا يعدو أن يكون شرطا فاسخا يترتب علي تحققه لمصلحة باقي الشركاء انفصال الشريك المتخلف من الشركة قضاء أو رضاء ولا يعتبر باقي الشركاء معلقا علي شرط واقف وهو قيام الشركاء بالدفع" (مجموعة أحكام النقض س٧ ص٩٧٥).

- جواز العدول الضمني عن أثر الشرط: يجوز العدول عن الشرط، وهذا العدول كما يكون صريحا قد يكون ضمنيا.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت المحكمة قد فهمت الدعوى علي أنها مطالبة بمبلغ حصل التنازل عنه بمقتضي محضر صلح، وأن التنازل معلقا علي شرط دفع أقساط الدين الباقي في الآجال المحددة، وأن المدعى عليه قد تأخر عن دفع الأقساط في مواعيدها، ثم قضت بعدم استحقاق المدعى لهذا المبلغ بانية ذلك علي أن المدعى عليه قد قام بدفع بعض الأقساط قبل مواعيدها، وأن المدعى قد قبل منه مبالغ بعد تواريخ الاستحقاق بل قبل تأجيل باقي بعض الأقساط إلي مواعيد الأقساط التي تليها مما مفاده عدم استمساكه بالمواعيد وبما رتبه عقد الصلح علي عدم مراعاتها، فهذا الحكم إذ انتهي إلي ما قضي به بناء علي المقدمات التي ذكرها لا يصح تعييبه، وإذ كانت المحكمة بعد تقريرها ما تقدم من تحلل المدين من الشرط الذي يتمسك به الدائن قد استطردت إلي تكييف هذا الشرط بأنه تهديدي لا يتناسب فيه التعويض مع الضرر المحتمل من التأخير، وأنه حتى لو كان شرطا جزائيا، فذلك منها لا يتجافي مع موجب الواقعة التي حصلتها" (نقض ١٩٤٢/١١/١٩ ج١ في ٢٥ سنة ص٢٦٥)، وبأنه "متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط

لصـريح الفاسـخ الوارد بلائحة بيع أملاك الميري، فإن مجادلة الطاعنة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا فيما يستقل به قاضي الموضوع، وإذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمني، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع في تقدير حصول الفسخ من عدمه، وكان المطعون عليه (المشتري) قد أوفي بالتزاماته قبل الفصل نهائيا في الدعوى، فإن النعي علي الحكم بالفساد في الاستدلال ومخالفة القانون والقصور في التسبيب يكون علي غير أساس" (مجموعة أحكام النقض س٢٢ ص١٠٣٤ جلسـة ١٩٧١/١٢/١٦)، وبأنه "إذا كان مؤدي ما أورده الحكم المطعون هو عدم تمسك المؤجرة باعتبار العقد مفسوخا طبقا للشرط الصريح الفاسخ في سنة معينة لا يمنع من التمسك به في سنة تالية وأن قبولها الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها مرة عقب صدور قانون الامتداد ليس من شأنه أن يعد تنازلا من جانبها عن التمسك بالشرط سالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر في السداد بعد ذلك فإن هذا من الحكم يعد استخلاصا سائغا يؤدي إلي ما انتهي إليه ويكون النعي بالفساد في الاستدلال في هذا الخصوص علي غير أساس" (مجموعة أحكام النقض س٢١ ص٣٨٩ جلسة ١٩٧٠/٣/٣).

﴿ المـــادة ٢٦٦ ﴾

" لا يكون الالتزام قائما إذا علق علي شرط غير ممكن أو علي شرط مخالف للآداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشـرط واقفا أما إذا كان فاسـخا فهو نفسـه الذي يعتبر غير قائم.

ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق علي شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية، المادة ٢٦٦ سـوري، المادة ٢٥٣ ليبي، المادة ٢٨٦ عراقي، المادة ٨٢ لبناني.

وقد ورد هذا النص ٣٨٦ من المشروع التمهيدي علي الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٨ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٨-ص١٠).

وجاء بمذكرة المشـروع التمهيدي أنه **"أخذ هذا النص عن المادة ١١١ من المشـروع الفرنسي الإيطالي، مع تعديل طفيف في الصياغة، وهو يتناول بيان حكم التعليق بالشرط المستحيل والشرط غير المشروع. ويراعي أن من مستلزمات التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط "معدوما علي خطر الوجود" لا يستطاع الجزم بما سيكون من أمره، فمتى كان الشرط مستحيلا، وهو ما يمتنع تحققه بحكم الواقع، أو كان غير مشـروع-بسـبب مخالفته للقانون أو النظام العام أو الآداب-وهو ما يمتنع تحققه بحكم القانون، انتقلت حقيقة التعليق، وأدي ذلك إلي التأثير في حكم الالتزام المعلق، فإذا كان الشرط موقفا فالالتزام لن يوجد، علي وجه الإطلاق، لامتناع تحقق الأمر الذي علق عليه وجوده، ويكون الالتزام، في هذه الحالة، معدوما لا باطلا. أما إذا كان الشـرط فاسـخا فيمتنع زوال الالتزام المعلق به، لأن الشرط نفسه ممتنع التحقيق، ولذلك يسقط أثر لتعليق ويعتبر الشرط غير قائم" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٩).**

﴿ الشـــرح ﴾

- الالتزام المعلق علي شـرط غير ممكن: **يلزم أن يكون الشـرط أمرا ممكنا أي أن يكون وقوعه في حيز الإمكان وأن كان غير محقق الوقوع، أما إذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع انتفي التعليق سواء كانت الاستحالة مادية ترجع إلي طبيعة الأشياء كاكتشاف دواء يديم أو يعيد الحياة، أو كانت الاستحالة قانونية كاشتراط حصول الموهوب له علي تنازل شخص آخر عن نصيبه في تركة إنسان علي قيد الحياة. ولكن يشترط أن تكون الاستحالة مطلقة بحيث يستحيل علي إطلاق تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان. أما إذا كانت الاستحالة نسبية فلا تعيب الالتزام (محمد كمال عبد العزيز ص٩٣٢)،** فإذا كان الشرط المستحيل واقفا، **وقع الالتزام الذي علق عليه باطلا، لأن وجوده علق علي شرط لن يتحقق، أولا ينبغي قانونا أن يتحقق، فلا يكون موجودا. وعلي هذا نصت الفقرة الأولي من المادة صراحة بقولها: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق علي شرط غير ممكن.. هذا إذا كان الشرط واقفا".** أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخا، **اقتصر البطلان علي هذا الشرط وحده، وقام الالتزام منذ البداية باتا لا مهددا بالزوال. ذلك أن الالتزام في هذه الحالة يعتبر قائما، ونافذا منذ نشوئه. وإذا كان زواله معلقا علي شرط، فإن هذا الشرط لن يتحقق أولا ينبغي قانونا أن يتحقق، فيعتبر كأن لم يكن، ويقوم الالتزام غير معلق علي شـرط ما لذلك نصـت الفقرة الأولي من**

المادة علي أن الشـرط الفاسـخ، في هذه الحالة هو "نفســه الذي يعتبر غير قائم" (مجموعة جمال الدين زكي ص١١١ عبد المنعم البدراوي ص٦).

- الشرط المخالف للنظام العام والآداب: يجب أن يكون الشرط مشروعا والشرط المشروع هو الذي لا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب. وليس معنى عدم مشـروعية الشـرط أن تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة، فقد تكون الواقعة المشروطة مخالفة للآداب أو النظام العام ويكون الشرط مع ذلك مشروعا صحيحا. فلو اشترط الواهب فسخ الهبة إذا ارتكب الموهوب له جريمة معينة صح الشرط رغم عدم مشروعية الواقعة المشروطة، أما إذا شرط الواهب الفسخ إذا لم يرتكب الموهوب له جريمة معينة كان الشرط غير مشروع رغم أن عدم ارتكاب الجريمة أمر مشروع (غانم بند ١٤٣- السـنهوري بند ١٣-جمال زكي بندي ٤٥٢و ٤٥٣) فإذا كان الشرط غير المشـروع واقفا فلا يقوم الالتزام لأنه يختلط بالباعث الدافع، أما إذا كان الشـرط غير المشـروع فاسـخا بطل الشـرط وصـح الالتزام إلا إذا تبين أنه كان الدافع إلي الالتزام، وبمعنى آخر فإن الشرط الفاسخ غير المشروع يبطل ويصــح الالتزام إذا كان الشــرط ثانوي الأهمية ويبطل معه الالتزام إذا كان الشــرط عنصــرا جوهريا (الســـنهوري بندي ١٨و ٢١ وهامشـــهما، محمد كمال عبد العزيز ص٩٣٣)، وأمثلة الشـــروط المخالفة للنظام العام كثيرة متنوعة، فإذا علق الملتزم التزامه علي ألا يتزوج الدائن إطلاقا، كان الشرط مخالفا للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمي إليه المشترط من وراء هذا الشرط، فإذا رمي مثلا إلي منع زوجته بعد موته من الزواج غيرة منه وأثرة، فالشــرط باطل لمخالفته للنظام العام، أما إذا رمي إلي جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشـغلها زوج آخر، فالشـرط صـحيح والالتزام قائم. كذلك الشـرط القاضـي بألا يحترف المشـترط عليه مهنة معينة يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمي إليه المشترط، كأن تكون المهنة المحرمة مهنة وضيعة تزري بالكرامة، أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمي نفسه حماية مشروعة من منافسة المشـترط عليه. وإذا اشـترطت الزوجة غير المسـلمة أن يكون أولادها من زوجها المسـلم علي دينها هي لا علي دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها، فإن هذا الشــرط باطل لمخالفته النظام العام. وإذا اشــترطت الزوجة المســلمة علي زوجها ألا يطلقها، فإن الشــرط باطل لمخالفته للنظام العام، وللزوج بالرغم من هذا الشــرط أن يطلق زوجته لســبب مشــروع وفي غير تعنت، ولكن يجوز للزوجة أن تشــترط مبلغا من المال تعويضــا لها عما يصــيبها من الضــرر إذا طلقها زوجها، وفي هذه الحالة ينظر إن كان الطلاق لغير سبب مشروع فالشرط صحيح ويجب دفع التعويض، وإلا فالشرط باطل والتعويض غير مســتحق. ومن أمثلة الشـروط المخالفة للآداب أن يشـترط علي شـخص القيام بارتكاب عمل غير مشروع مقابل مبلغ من النقود. أو إذا اشترط علي شخص ألا يرتكب جريمة، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيد مخطوفا أو يرد مسروقا، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانونا علي أن يتناول أجرا علي القيام به كأن تدخل الزوجة في طاعة زوجها أو أن يمتنع الزوج عن معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك، فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب لأنه جزاء مادي علي القيام بالواجب، والواجب يتعين القيام به دون جزاء (السنهوري ص٢١).

﴿ المـــــادة ٢٦٧ ﴾

" لا يكون الالتزام قائما إذا علق علي شــرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم ".

﴿ التعليـــــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصــــوص القوانين العربية، المادة ٢٦٧ ســــوري، المادة ٢٤٥ ليبي، المادة ٢٨٧ عراقي، المادة ٨٧ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٨٧ من المشروع التمهيدي علي الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد، وأقرته لجنة المراجعة، وأصبح المادة ٢٧٩ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١١-١٣).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "الشرط الاحتمالي وهو ما يتوقف علي المصادفات دون أن يكون رهينا بمشيئة الدائن أو المدين، والشرط المختلط وهو ما يكون رهينا بمشيئة أحد المتعاقدين ومشيئة أحد الأغيار في آن واحد، والشرط الإرادي وهو ما يتعلق تنفيذ التعاقد فيه علي أمر موكول تحققه أو تخلفه إلي إرادة أحد المتعاقدين. ويراعي أن التعليق بالشرط الفاسخ يقع صحيحا احتماليا كان الشرط أو مختلطا أو إراديا، فالتفرقة التي تقدمت الإشارة إليها تنحصر أهميتها في حدود الشرط الموقف، علي أن التعليق بهذا الشرط يقع صحيحا إذا كان مدلول فعله احتماليا أو مختلطا أو إذا كان إراديا من ناحية الدائن أما إذا كان إراديا من ناحية المدين فينبغي التفريق بين صورتين: أولهما صورة الشرط الإداري البسيط وهو مالا يعتقد علي وجه التخصيص والأفراد بمشيئة المدين وحدها بل يتوقف كذلك علي أمور لا يتحكم فيها هذا المدين تحكما مطلقا والتعليق علي مثل هذا الشرط يقع صحيحا أيضا، والثانية صورة الشرط الإداري المحض وهو ما يكون رهينا بمشيئة المدين وحدها وفي هذه الصورة يكون التعليق معيبا ولا يقوم الالتزام المعلق.

﴿ الشـــرح ﴾

- أنواع الشرط من حيث تعلقه بإرادة الطرفين: ينقسم الشرط من حيث تعلقه بإرادة الطرفي إلي ثلاثة أنواع: هي الشرط الاحتمالي، الشرط المختلط، الشرط الإرادي. والشرط الاحتمالي: هو الشرط الذي لا يرجع إلي إرادة أحد الطرفين وإنما يرجع إلي المصادفات أو إرادة الغير كالتزام الموظف بتأجير منزله فيما لو نقل إلي بلدة أخرى. وهو شرط صحيح سواء كان واقفا أو فاسخا (غانم بند ١٤٠ -جمال زكي بند ٤٥١ -محمد كمال عبد العزيز ص٩٣٣)، والشرط المختلط: هو ما يتوقف تحققه علي إرادة أحد طرفي الالتزام، الدائن أو المدين، وإرادة شخص آخر، كأن يهب الشخص مالا للدائن إذا تزوج من امرأة معينة (أنور طلبه ص٦٤٤)، والشرط الإرادي: هو ما يتوقف علي إرادة أحد طرفي الالتزام وحده. والشرط الإرادي إما أن يكون شرطا إراديا بسيطا (condition simplement potestative) أو شرطا إراديا محضا (condition purement potestative) فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، ولكن هذه الإرادة ليست مطلقة، بل هي مقيدة بظروفها وملابساتها، فالزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة الدائن أو المدين، ولكن إرادة المشترط عليه الزواج ليست مطلقة، إذ الزواج أمر تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية ويقال مثل ذلك عن شرط النجاح في الامتحان، بل إن هذا الشرط يكاد شرطا مختلطا فهو يتعلق بالإرادة وبظروف أخرى قد لا يكون للشخص سلطان عليها، ومن ثم يكون الشرط الإرادي البسيط شرطا صحيحا، سواء تعلق بإرادة الدائن أو بإرادة المدين. بقي الشرط الإداري المحض، وهذا إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن أو بمحض إرادة المدين، فإن تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطا صحيحا، وكان الالتزام قائما معلقا علي إرادة الدائن، إن شاء تقاضي المدين الشئ الذي ألزمه به، وإن شاء أحله من التزامه، أما إن تعلق الشرط بمحض إرادة المدين، فإن كان شرطا فاسخا، كأن يلتزم المدين حالا ويجعل فسخ هذا الالتزام معلقا علي إرادته المحضة، كان الشرط صحيحا وكان الالتزام قائما، لأن الالتزام لم يعلق وجوده علي محض إرادة المدين، فهو إذن قد وجد، وإنما استبقي المدين زمامه في يده، إن شاء أبقاه وأن شاء فسخه، وإن كان الشرط المتعلق بمحض إرادة المدين شرطا واقفا، كأن يلتزم المدين إذا أراد، أو يلتزم إذ رأي ذلك معقولا أو مناسبا، فهذا شرط يجعل عقدة الالتزام منحلة منذ البداية، إذ إن الالتزام قد علق وجوده علي محض إرادة المدين، إن شاء حقق الشرط ومن هنا يكون الشرط محقق الوقوع بمشيئة

المدين، وإن شاء جعله يتخلف، ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضا ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا، ويسقط كل التزام معلق علي شرط واقف هو محض إرادة المدين، وهذا ما تقرره المادة ٢٦٧ مدني، إذ تقول كما رأينا: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق علي شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا علي محض إرادة الملتزم" (السنهوري ص١٩) ومن أمثلة علي الشرط الإرادي المحض الاتفاق بين المؤجر والمستأجر علي تأجير عين خاضعة للقانون المدني علي أن يكون من حق المستأجر إنهاء العقد. والاتفاق في عقد القرض علي أن يكون للمدين الوفاء عندما يريد، فهذان شرطان واقفان يجعلان وجود الالتزام متوقفا علي إرادة الملتزم إذ يلتزم المستأجر بإخلاء العين المؤجرة في نهاية مدة العقد ويلتزم المقترض بالوفاء بقيمة القرض، ومتى تم إبطال الشرطين أصبح الالتزام بسيطا غير معلق علي شرط فيسترد المؤجر حقه في إنهاء الإيجار ملتزما بحكم المادة ٥٦٣ من القانون المدني ويسترد المقرض حقه في طلب إلزام المدين بأن يؤدي له قيمة القرض. وأيضا ما يضمنه بيع الوفاء من أن يكون للبائع استرداد المبيع خلال مدة معينة.ولا يعتبر شرطا إراديا محضا متعلقا بالمدين، أن يلتزم شخص قبل آخر في الحدود المناسبة، إذ يترك ذلك لتقدير القاضي كما إذا التزم رب العمل قبل عماله بمنحهم مكافأة في الحدود المناسبة في نهاية العام، وتقدر هذه المكافأة بنسبة من الأرباح وفقا للعرف (أنور طلبه ص٦٤٦).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الإقرار واردا فيه أنه "إذا حصل مني بيع أو رهن لأحد خلافهم–أخوة المقر–فيكون لاغيا ولا يعمل به من الآن وقبل هذا التاريخ، وإذا طلبت البيع فيكون الثمن ستين جنيها عن كل فدان" فهذا القيد ليس من قبيل الشرط الإرادي الذي يكون تنفيذه متروكا لمحض إرادة الملتزم فيه، وإنما هو قيد تقيد به المقر لمصلحة إخوته إذا ما اعتزم التصرف في ملكه" (نقض ١٩٤٠/٤/١٨ ج١ في ٢٥ سنة ص٢٧٣)، وبأنه "لما كان مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة–أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلي احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة فإذا خلا البيع من هذا الشرط الإرادي المحض المتعلق بمطلق إرادة البائع كان العقد صحيحا ولا يغير من ذلك أن يكون معلقا علي شرط فاسخ غير متعلق بإرادة البائع أو متعلق بإرادته في حالة إخلال المشتري بالتزامه" (الطعن رقم ١٧٩٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٧)، وبأنه "إذ كان الثابت أن عقد الإيجار محل النزاع المؤرخ. قد انعقد لمدة خمس سنوات تتجدد طالما كان المستأجر قائما بسداد الأجرة وله وحده الحق في طلب إنهائه وأن الأجرة مبلغ ١٨٠ جنيها تدفع شهريا فإنه مع وجود هذا الشرط يعتبر العقد بعد انتهاء مدته الأولي منعقدا للفترة المحددة لدفع الأجرة وهي شهر يتجدد ويكون لأي من المتعاقدين الحق في إنهائه إذ نبه علي الآخر قبل النصف الأخير من الشهر إعمالا لنص المادة ٥٦٣ مدني وإذ كان الطاعنون قد نبهوا المطعون ضدهم رسميا في ١٩٨٣/١/٢٧ بإنهاء العقد فإن العلاقة الإيجارية تكون قد انفصمت بهذا التنبيه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وعمد إلي تحديد مدة الإجارة تحديدا تحكميا بثلاثين عاما فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٧٦٦، ٧٧٣ لسنة ٥٦ق نقض ١٩٩٣/٢/٢٣، الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٦٠ق نقض ١٩٩٤/٧/١٤، الطعن رقم ٢٥٦٠ لسنة ٦٣ق نقض ١٩٩٤/٢/٢٠، الطعن رقم ٣٣١٤ لسنة ٥٩ق نقض ١٩٩٤/١/٢٣)، وبأنه "مفاد النص في المادتين ٥٥٨، ٥٦٣ من القانون المدني يدل علي أن المشرع استلزم توقيت عقد الإيجار واعتبر المدة ركنا فيه وأنه إذا عقد العقد دون اتفاق علي ميقات ينتهي فيه الإيجار أو تعذر إثبات المدة المدعاة أو عقد لمدة غير معينة بحيث لا يمكن معرفة تاريخ انتهاء الإجارة علي وجه التحديد كأن ربط انتهاؤها بأمر مستقبل غير محقق الوقوع تعين اعتبار العقد منعقدا للفترة المعينة لدفع الأجرة ويكون لكل من المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بعد التنبيه علي الآخر بالإخلاء في المواعيد المبينة بنص المادة ٥٦٣ سالفة البيان" (الطعن رقم ٧٦٦، ٧٧٢ س٥٦ق نقض ١٩٩٣/٢/٢٣، الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٤)، وبأنه "النص في عقد الإيجار علي انعقاده لمدة محددة تتجدد تلقائيا لمدد أخرى مماثلة طالما كان المستأجر قائما بتنفيذ التزاماته وأحقية الأخير

وحده دون المؤجر في إبداء الرغبة في إنهائه، يؤدي إلي اعتبار العقد–بعد انتهاء المدة المتفق عليها متجددا تلقائيا لمدد أخرى مماثلة لا يعرف علي وجه التحديد تاريخ انتهائها إذ نهايتها منوطة بمحض إرادة المستأجر وحده أو خلفه العام ولا يعرف متى يبدي أيهما الرغبة في إنهاء العقد خاصة وأن الأصل في عقد الإيجار أنه لا ينتهي–إعمالا لنص المادة ٦٠١ من القانون المدني–بوفاة المستأجر وتنصرف آثاره إلي خلفه العام–عملا بنص المادة ١٤٥ من ذات القانون ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إليهم. ومن ثم فإن عقد الإيجار يعتبر في هذه الحالة منعقدا لمدة غير معينة ويتعين إعمال نص المادة ٥٦٣ مدني واعتباره–بعد انتهاء مدته الأولي المتفق عليها متجددا للفترة المحددة لدفع الأجرة وينتهي بانقضائها بناء علي طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبهه علي المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد المبينة بنص هذه المادة. فن لم يحصل التنبيه تجدد العقد للمدة المحددة لدفع الأجرة ثم لمدة مماثلة وهكذا إلي أن يحصل التنبيه ولا يسوغ استبعاد نص المادة ٥٦٣ مدني والقول بانتهاء العقد بموت المستأجر الذي لم يبد الرغبة في حياته في إنهائه إذ يتعذر تطبيق هذا القول في حالة ما إذا كان المستأجر شخصيا اعتباريا إذ انقضاء الشخصية الاعتبارية أمر غير محقق الوقوع. كما لا محل للقول أيضا بوجوب تدخل القاضي لتحديد مدة العقد أو انتهاء العقد بمضي ستين عاما قياسا علي حق الحكر ذلك أن الأصل أنه يمتنع علي القاضي–إعمالا لنص المادة ١٤٧ مدني–التدخل لتعديل إرادة المتعاقدين ولا لسبب يتعلق بقوة القانون ولو ارتأى المشرع أن يتدخل القاضي لتحديد مدة العقد أو تحديد حد أقصى للمدة في عقد الإيجار–كما في حق الحكر لنص في ذلك صراحة ومن م فلا محل للقياس والاجتهاد مع وجود نص المادة ٥٦٣ مدني سالف البيان. ويؤيد هذا النظر أن المشرع التمهيدي للتقنين المدني الحالي كان ينص في الفقرة الأولي من المادة ٧٦ علي أنه "إذا عقد الإيجار لمدة تزيد علي ثلاثين سنة أو إذا كان مؤيدا جاز أن ينتهي بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء علي طلب أحد المتعاقدين مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية.." وقد حذفت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب هذا النص بعد أن كانت قد أقرته لجنة المراجعة دون أن تشير إلي هذا الحذف في تقريرها وبذلك تركت المسألة للقواعد العامة الواردة في المادة ٥٦٣ مدني" (الطعن رقم ٧٦٦، ٧٧٣ لسنة ٥٦ق نقض ١٩٩٣/٢/٢٣).

﴿ المـــادة ٢٦٨ ﴾

" إذا كان الالتزام معلقا علي شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية، المادة ٢٦٨ سوري، المادة ٢٥٥ ليبي، المادة ٢٨٨ عراقي، المادة ٩٣–٩٥ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٨٩ من المشروع التمهيدي علي وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة حور النص تحويرا لفظيا طفيفا جعل المطابقة تامة، أصبح المادة ٢٨٠ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٤–ص١٦).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "ويترتب علي اعتبار الالتزام المعلق غير مؤكد الوجود ما يأتي: أ–لا يجوز للدائن أن يباشر بمقتضاه أي إجراء من إجراءات التنفيذ ولا يجوز له كذلك أن يؤسس عليه دعوى بوليصية. ب–ولا يعتبر وفاء المدين به اختيارا وفاء بما هو مستحق بل أنه أدى غير المستحق. ج–لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة له.. ويترتب علي فترة بقاء الالتزام معلقا علي خطر الوجود

قانونا دون أن يكون مجرد أمل من الآمال، نتيجتان: الأولي أن يكون هذا الالتزام محلا للخلافة العامة والخلافة الخاصة من ناحية الدائن والمدين علي حد سواء.. والثانية أن للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الإجراءات ما يكفل له المحافظة علي حقه وهذا أهم أثر يترتب خلال فترة التعليق ومن أمثلة هذه الإجراءات وضع الأختام وتحرير قوائم البيان وقوائم الجرد وقيد الرهون الرسمية والتدخل في القسمة ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ووضع الحراسة علي الأعيان ورفع الدعاوى غير المباشرة".

《 الشـــرح 》

- الالتزام المعلق علي شرط واقف: الالتزام المعلق علي شرط واقف هو التزام غير كامل الوجود، إذ أن وجوده موقوف علي الشرط. فليس للدائن حق مؤكد، إذ لا يعلم إن كان الشرط سيتحقق أو لا يتحقق. ولكن من ناحية أخرى فإن هناك رابطة قانونية بين الدائن والمدين في أثناء فترة التعليق. فليس للمدين مثلا أن يرجع فيما تعهد به ولهذا فإن للدائن المعلق علي شـرط واقف حقا وليس مجرد أمل. وهو حق وإن كان غير مؤكد (عبد المنعم البدراوي ص٢٤٤).
- الالتزام المعلق علي شـرط واقف حق وليس مجرد أمل: ويترتب علي أن الالتزام المعلق على شرط واقف حق وليس مجرد أمل ما يلي: (١) ينتقل هذا الحق من صاحبه إلي الغير بالميراث وغيره من أسباب انتقال الحقوق، فالحق المعلق علي شرط واقف يورث، ويجوز لصاحبه أن يوصي به، وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن، وغير ذلك من أنواع التصرف، بل يجوز لصاحب هذا الحق أن ينزل عنه بإرادته المنفردة فيزول، وتنص المادة ٩٤ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني علي "أن الموجب الذي عقد علي شـرط التعليق ومازال الشـرط فيه معلقا يمكن التفرغ عنه بوجه خاص أو بوجه عام" أي: يمكن أن ينتقل بسـبب خاص كالوصية والبيع والهبة، أو بسـبب عام كالميراث. (٢) يجوز لصاحب الحق علي شرط واقف أن يجرى الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف ولا يجوز للمدين تحت شـرط واقف أن يقوم بأي عمل من شـأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط، أو يزيد هذا الاستعمال صعوبة، وكل تصرف من جانب المدين يضر بحقوق الدائن عند تحقق الشرط لا يعتد به، وذلك فيما عدا الحقوق التي كسبها الغير بحسن نية (م٩٥ لبناني) (السنهوري ص٣٧). (٣) للدائن اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية المتعلقة بهذا الحق كتسجيل العقد وقيد الرهن المقرر لضمان هذا الحق وتجديد القيد ووضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وفرض الحراسة ورفع دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد، كما له رفع دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة إذ لا يشترط فيهما أن يكون حق الدائن واجب الأداء، وللدائن أيضا قطع التقادم ضد حائز العقار إن لم يقم المدين بذلك لأن الحائز أن اكتملت مدة التقادم بالنسـبة له فإنه يتملك العقار في مواجهة كل من الدائن والمدين ومن ثم كان للدائن درأ هذا الخطر، ولما كان المالك تحت شـرط واقف لا يستطيع القيام بأعمال الإدارة، ومن ثم فليس له تطهير العقار باعتباره من تلك الأعمال خلافا للمالك تحت شرط فاسخ، وله التدخل في إجراءات القسـمة. (٤) يجوز للدائن التدخل في التوزيع علي أن يودع المبلغ الذي يخصـص له خزينة المحكمة لحين تحقق الشـرط، لكن لا يجوز له، باعتبار أن حقه غير مستحق الأداء، أن يوقع حجزا تحفظيا "م٣١٩ مرافعات" ولا أن يوقع حجر ما للمدين لدى الغير "م٣٢٥ مرافعات" وعليه أن يتربص إلي وقت التوزيع فيتدخل فيه (أنور طلبه ص٦٥٢). (٥) لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع في التزامه خلال الفترة ما بين التعاقد وتحقق الشرط.
- الالتزام المعلق علي شـرط واقف حق غير مؤكد: حق الدائن المعلق علي شـرط واقف وإن كان موجودا إلا أنه غير مؤكد لأنه لا ينفذ إلا بعد تحقق الشرط. ويترتب علي ذلك ما يلي: (١) لا يكون الحق المعلق علي شـرط واقف قابلا للتنفيذ القهري وهو في حالة التعليق، فلا يستطيع الدائن تحت شـرط واقف أن يقتضـي جبرا من المدين الدين المعلق علي هذا الشـرط بل يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يستعمل الدعوى البوليصية وهي توطئة وتمهيد مباشر للتنفيذ القهري،

فقد قدمنا حق الدائن في الدعوى البوليصية يجب أن يكون مستحق الأداء والحق المعلق علي شرط واقف غير مستحق الأداء (السنهوري ص٣٩).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة المشروطة، فيكون الالتزام في فترة التعليق موجودا، غير أن وجوده ليس مؤكدا مما يترتب عليه أنه لا يجوز للمستأجر خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط، وكانت دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها علي محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضا، اعتبار بأن الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢١٠ من القانون المدني، فإن ما خلص إليه الحكم م أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مرتبطة باستصدار الترخيص ورتب علي ذلك أن الدعوى مرفوعة قبل أوانها فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥، الطعن رقم ١٧٦١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٧، الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ق س٢٩ ص٢٣٤ جلسة ١٩٧٨/١/١٨)، وبأنه "الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكد وأحكام هذا الشرط الواقف إنما تقتصر علي الشرط الذي ينشأ عن إرادة الملتزم، أما إذا كان القانون هو الذي فرض الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فذلك لا يعتبر شرطا بمعناه الصحيح، إذ الشرط أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدونه، وذلك بعكس الشرط الذي يكون القانون مصدره، لأنه في هذه الحالة يعد عنصرا من عناصر الحق ذاته، ولا يتصور قيام الحق بدونه ومن ثم لا يوجد الحكم المشروط ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبل ذلك فلا يثبت لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر، لما كان وكانت موافقة مجلس الوزراء أمر اشترطه القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ لإمكان تملك غير المصريين للعقارات المبينة والأراضي الفضاء فإن هذه الموافقة تعد من عناصر الحق ذاته لا يتصور قيامه بدونها، وبالتالي فإنه لا تثريب علي الحكم المطعون فيه إن هو لم يستجب لطلب الطاعن وقف الدعوى أو تأجيلها لحين حصولها علي موافقة مجلس الوزراء وتقديمها" (الطعن رقم ٢٠٧٠ لسنة ٥١ق س٣٦ ص١٤٢ جلسة ١٩٨٥/١/٢٤، الطعن رقم ٢٠٦٩ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٨)، وبأنه "المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أن من شأن الشرط الواقف أن يوقف تنفيذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة المشروطة فيكون الالتزام في التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا، وكان مفاد النص في البندين الثالث والرابع من عقد الإيجار المؤرخ (.. المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها الثانية علي أن يبدأ العقد فور الحصول علي حكم نهائي في الاستئناف رقم (...) بإخلاء الشقة موضوع النزاع من مستأجرها السابق واعتبار العقد كأن لم يكن وأن العقد معلق علي شرط واقف غير محقق الوقوع هو صدور حكم في الاستئناف المشار إليه لصالح المؤجرة، فإن ما يثيره الطاعن من أنه مقترن بأجل يكون علي غير أساس" (الطعن رقم ١٦٧٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/١/١٠). (٢) لا يضل الالتزام المعلق علي شرط واقف التنفيذ الاختياري بمعنى أنه إذا وفي المدين الدين وهو يعتقد خطأ أن الدين مستحق الأداء وليس معلقا علي شرط واقف كان له استرداد ما أوفي بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق. (٣) إذا كان الالتزام المعلق علي شرط واقف هو التزام بنقل الملكية علي شئ معين بالذات فإن الملكية لا تنتقل إلي الدائن إلا معلقة علي شرط واقف ذلك أن المدين يكون في أثناء فترة التعليق مالكا تحت شرط فاسخ (عبد المنعم البدراوي ص٢٤٥-إسماعيل غانم ص٢٩٥ وما بعدها). (٤) لما كان الحق المعلق علي شرط واقف غير مستحق الأداء لأن وجوده لم يتحقق فإن التقادم المسقط لا يسري بالنسبة إليه مادام معلقا، ولا يسري التقادم إلا إذا تحقق وجود الحق وأصبح نافذا وذاك بتحقيق الشرط.

وقد قضت محكمة النقض بأن "القاعدة سواء في التقنين المدني القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدائن مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لا

يسري بالنسبة إلي الالتزام المعلق علي شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط، وإذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده علي نجاح المتعرض في دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسري بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائي به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق" (الطعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ق س١٧ ص٥٦٤ جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)، وبأنه "جرى قضاء محكمة النقض علي أن التقادم المسقط-سواء في ظل التقنين المدني القديم أو القائم-لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدائن مستحق الأداء، بما يستتبع أن التقادم، لا يسري بالنسبة إلي الالتزام المعلق علي شرط موقف، إلا من وقت تحقق هذا الشرط" (الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص٢٦١ جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩).

- تحقق الشرط أو تخلفه: إذا اتفق المتعاقدان علي تحديد موعد لتحقق الشرط، فلا يقوم الالتزام إلا إذا تحقق الشرط خلال هذا الميعاد، فإن لم يتحقق خلاله اعتبر الشرط قد تخلف وزال الالتزام حتى لو تحقق الشرط بعد ذلك ما لم تكن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلي غير ذلك، فالبيع الذي يبرمه الوصي ويرد به شرط علي استصدار إذن محكمة الأحوال الشخصية خلال ثلاثة أشهر، يوجب تحقيق الشرط خلال هذا الأجل وإلا كان الشرط متخلفا حتى لو صدر الإذن بعد ذلك ما لم يكن القصد منه حث الوصي علي الإسراع في الإجراءات، ولمن له المصلحة في هذا الشرط أن يتنازل عن الأجل المحدد له (أنور طلبه ص٦٥٣)، ومتى تتحقق الشرط، تأكد الحق ونفذ في حق المدين وأصبح مستحق الأداء منذ إبرام التصرف وليس منذ تحقق الشرط وفقا للأثر الرجعي، ويترتب علي ذلك: ١-أنه يجوز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري واللجوء للدعوى البوليصية. ٢-يجوز التمسك بالمقاصة وإذا كان المدين وفي بالتزامه قبل تحقق الشرط فليس له أن يسترد محل الوفاء وفقا للأثر الرجعي للشرط فيكون الوفاء صحيحا. ٣-إذا ورد الشرط الواقف بالتزام بنقل الملكية، وتصرف فيه الدائن في فترة التعليق، فإنه يكون قد تصرف فيما يملك، فلا تنفذ تصرفات المدين متى كانت مشهرة في تاريخ لاحق لشهر التصرف الصادر منه للمدين. ٤-تكون تبعة الهلاك علي الدائن ما لم يكن التصرف بيعا ولم يقم المدين بالتسليم فتكون التبعة علي الأخير وفقا للمادة ٤٣٧ مدني. ٥-إذا صدر قانون جديد في فترة التعليق معدلا لشروط الالتزام، فلا يسري عند تحقق الشرط ويظل الالتزام خاضعا للقانون الذي تم في ظله وفقا للأثر الرجعي للشرط. ٦-يبدأ التقادم في السريان. ٧-إذا كان حق الدائن مضمونا برهن ويتحقق الشرط فإن تاريخ الرهن يعتبر من وقت قيده لا من وقت تحقق الشرط. أما إذا تخلف الشرط الواقف، فإن الالتزام الذي كان معلقا علي هذا الشرط-وكان له وجود ناقص كما قدمنا-ينمحي ويصبح كأن لم يكن، ولا يعتبر له وجود، لا كامل ولا ناقص، منذ البداية، وهذا هو الأثر الرجعي لتخلف الشرط، وينبني علي ذلك أن المدين إذا لم يكن قد وفي أشياء من الالتزام كان غير ملزم بالوفاء أصلا، وإذا كان قد وفي شيئا فإنه يسترده وينبني علي ذلك أيضا أن الدائن إذا كان قد تصرف في الشئ، فإن تخلف الشرط الواقف يلغي جميع تصرفاته، لأنها جميعها كانت معلقة علي هذا الشرط الواقف كما قدمنا (السنهوري ص٥٠) ويجب حتى ينتج الشرط أثره إلا يكون تحققه أو تخلفه بخطأ من الدائن أو من المدين ولو لم يرق هذا الخطأ إلي الغش. فإن تحقق الشرط الواقف بخطأ الدائن اعتبر أنه قد تخلف فمن يؤمن علي ماله ضد الحريق ثم يحرقه فلا يستحق مبلغ التأمين. كذلك إذا تخلف الشرط الواقف بخطأ المدين، اعتبر الشرط أنه قد تحقق فيصبح الالتزام واجب الأداء. ولا يكفي لذلك أن يكون الشرط قد تحقق بفعل الدائن أو تخلف بفعل المدين إذ يجب أن ينطوي هذا الفعل علي خطأ، فمن يعهد إلي سمسار بالبحث عن مشتر بثمن مناسب لعقاره، ومع تحقق هذا الشرط يمتنع المدين عن البيع بمقولة عدم مناسبة الثم مما يجعل الشرط متخلفا، فإن كان ادعاء المدين صحيحا انتفي عنه الخطأ أما إن لم يكن كذلك اعتبر الشرط قد تحقق واستحق السمسار تعويضا يقدر بالنسبة المتفق عليها من الثمن أو وفقا للعرف (أنور طلبه ص٦٥٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لئن كان حق الدائن في الالتزام المعلق علي شرط واقف-وعلي ما جرى به قضـــاء محكمة النقض-هو مما ينظمه القانون ويحميه ولا يعد هذا الحق نافذا إلا إذا تحقق الشرط، غير أن هذا الشرط يعتبر قد تحقق إذا وقعت الواقعة المشروطة ولا يتأكد وجود الالتزام ونفاذه بعد أن كان موقوفا وبما يجيز للدائن التنفيذ به اختيار أو جبرا ويستقر له ما كان قد استوفاه قبل تحقق الشرط وذلك لما له من أثر رجعي" (الطعن رقم ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٨)، وبأنه "إذا كان الاتفاق الذي بين المشتري والبائع بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقي من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض معلقا علي شرط واقف هو قيام المشتري برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينا في المرتبة الأولي لصالح هذا البائع ضمنا لوفائه بدين القرض، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشتري رهن هذه الأطيان ذاتها إلي أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذي علق الالتزام وبقاء الالتزام القديم وهو التزام المشـــتري بدفع باقي الثمن علي أًله دون أن ينقضـــي واعتبار الالتزام الجديد كأن لم يكن" (مجموعة أحكام النقض الســـنة ٥ ص١٠٢٦ جلســـة ١٩٦٤/١١/١٢)، وبأنه "مفاد تعليق العقد علي شـــرطين أن تخلف أحد الشـــرطين يكفي لعدم نفاذه، فإذا اســـتند الحكم في استبعاد العقد إلي عدم تحقق أحد الشرطين كان ذلك كافيا وحده لحمل قضائه في هذا الخصوص" (مجموعة أحكام النقض الســـنة ١٧ ص١٣٥٩ جلســـة ١٩٦٦/٦/١٤)، وبأنه "إذا أذن القاضـــي باستبدال الوقف فإن الاستبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشـــرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصـــل بين وزارة الأوقاف وبين من يرســـو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقا علي شرط واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسي عليه المزاد فإن التعقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسي عليه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية له وأوقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلي هذا الغير أن يرجع علي وزارة الأوقاف بضـــمان الاســـتحقاق طبقا لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض علي أســـاس فســـخ العقد ذلك أن الرجوع بضـــمان اســـتحقاق البيع لا يكون إلا علي أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يرد إلا علي عقد كان له وجود" (مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص١٢٣ جلســـة ١٩٦٣/١/١٧، مجموعة أحكام الســـنة ١٣ ص٤٩ جلســـة ١٩٦٢/١/١١)، كما قضت بأنه "لما كان حق الدائن في الالتزام العقدي المعلق علي شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه، وكانت المادة ١/١٤٨ من القانون المدني تلزم طرفي العقد بتنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حســـن النية، فإنه لا يجوز للمدين تحت هذا الشـــرط أن يقوم بأي عمل من شـــأنه أن يمنع الدائن من اســـتعمال حقه عند تحقق الشـــرط، وكل تصـــرف من جانبه يحول دون تحقق الشـــرط يشـــكل خطأ يســـتوجب التعويض ولو لم يصـــل إلي حد الغش لما ينطوي عليه من إخلال بواجب مراعاة حســـن النية في تنفيذ العقد. وخير تعويض للدائن في هذه الحالة هو التعويض العيني أي اعتبار الشـــرط متحققا حكما ولو لم يتحقق بالفعل، فيصـــبح الالتزام الشـــرطي نافذا بعد أن تغير وصـــفه من التعليق إلي التنجيز" (الطعن رقم ٥٤١٤ لســـنة ٦٣ق جلســـة ٢٠٠١/٢/١٣)، وبأنه "لما كان الثابت مما قدمه طرفا النزاع أمام محكمة الموضـــوع من مستندات أن المطعون ضـــده أقر في البندين الثاني والعاشـــر من عقد البيع المؤرخ ١٩٨٤/١٠/٢٤ بأنه باع للطاعن شـــقة مفرزة هي الشـــقة رقم...... بالدور...... من العقار المبين في صحيفة الدعوى، والتي تتعادل مع حصة شائعة في العقار مقدارها....، وبأن هذا البيع يخضع للقواعد المنظمة لملكية الطبقات المنصوص عليها في المواد من ٨٥٦ حتى ٨٦٩ من القانون المدني-وهي ملكية مفرزة للطبقات أو الشـــقق، وشائعة شيوعا إجباريا في أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشـــترك، ورغم ذلك ظل-المطعون ضـــده-مصـــرا-علي نحو ما هو ثابت من طلب الشـــهر رقم....... لســـنة...... المقدم منه تجديدا للطلب رقم.... لســـنة....، ومما وجهه من إنذارات لمن اشـــتروا شـــقق العقار المشار إليه، ومن مشروع عقد البيع النهائي رقم..... في......-علي أن البيع لهؤلاء المشترين-ومن بينهم الطاعن-ينصب علي حصة شائعة مقدارها ١٢ س١٤ط في كامل أرض ومباني العقار، وامتنع عن تقديم المستندات اللازمة لتسجيل ملكية تلك الشـــقق مفرزة، فضـــلا عن أنه تقاعس عن نقل تمويل

العقار إلي اســمه حتى عام ١٩٩٢ أي لمدة تزيد علي ســبع ســنوات من تاريخ البيع الحاصــل في ١٩٨٤/١٠/٢٤-وهي أعمال من شـأنها منع الطاعن من اسـتعمال حقه في تسـجيل ملكيته للشـقة المبيعة له مفرزة، والحيلولة دون تحقق الشرط الواقف المنصوص عليه في البند الحادي عشر من عقد البيع سالف البيان (شـرط تعليق التزام المطعون ضـده بنقل الملكية إلي الطاعن علي استخراج شـهادة تمويل العقار المشتمل علي الشقة المبيعة وتشكيل اتحاد ملاك وقيام جميع المشترين بالتسجيل)، فإن ذلك يشكل خطأ في جانب المطعون ضده تترتب عليه مسئوليته العقدية مما يوجب اعتبار ذلك الشرط متحققا حكما. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر، وأقام قضــاءه بعدم قبول دعوى الطاعن (دعواه بطلب الحكم بصـحة ونفاذ عقد البيع آنف البيان) علي مجرد القول بأنه "لم يسـتوف ما اتفق عليه في العقد من اسـتخراج شـهادة التمويل باسـم البائع، وتشـكيل اتحاد ملاك بين مشـتري وحدات العقار" فإنه يكون قد خالف القانون، وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٥٤١٤ لسـنة ٦٣ق جلسـة ٢٠٠١/٢/١٣)، وبأنه "من القواعد العامة في الأوصــاف المعدلة لأثر الالتزام أنه إذا علق الالتزام علي شرط هو ألا يقع أمر في وقت معين، فإن الشرط يتحقق إذا انقضي الوقت دون أن يقع هذا الأمر، وهو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لمن يقع، فإذا لم يحدد وقت فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصـبح مؤكدا عدم وقوع الأمر، وقد يكون ذلك بانقضـاء مدة طويلة من الزمن يصـبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حد اليقين، وتقرير ذلك بأدلة تبرره عقلا مما يدخل في ســلطة محكمة الموضــوع، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قام قضــاءه بإلزام الطاعنين بأن يؤدوا للمطعون ضــده من تركة مورثهم مبلغ.. علي أســاس من القول مفاده أنه اعتبر التزام مورث الطاعنين بأداء ثلث المبلغ المتخصص لتسجيل عقد شرائه معلقا علي شرط واقف هو قيام البائع الأصلي بالتوقيع مباشرة علي العقود الخاصـة بالمشـترين من مورث الطاعنين بحيث تنتفي الحاجة إلي تسـجيل عقد شـراء هذا الأخير ولا يسـجل فعلا، وإن هذا الشـرط وإن لم يكن قد تحقق فعلا-يعتبر أنه تحقق حكما بانقضـاء مدة من الزمن رأت المحكمة معها-ومع ما تبين لها من ظروف الالتزام وملابسـاته أن عدم تسـجيل عقد المورث أصــبح أمرا يبلغ حد اليقين، فإنه يكون قد صــادف صــحيح القانون" (نقض ١٩٧٦/٣/٣١ س٢٧ ص٨٣٨)، وبأنه "حق الدائن في الالتزام المعلق علي شرط واقف هو مما ينظمه القانون ويحميه ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذا إلا إذا تحقق الشرط، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق ولو لم يقع بالفعل إذا حـدث غش أو خطـأ من جـانـب المـدين للحيلولـة دون تحققـه" (نقض ١٩٦٦/٦/٧ س١٧ ص١٣٢٤)، وبأنه "إذا أذن القاضـي باسـتبدال الوقف فإن الاسـتبدال لا يتم ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا وقعت المحكمة المختصـة صـيغة البدل الشرعية، ومن ثم فالتعاقد الحاصـل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يعتبر معلقا علي شرط واقف هو توقيع هذه الصـيغة بحيث إذا تخلف هذا الشرط بأن رفضـت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسي عليه المزاد فإن التعاقد يصـبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسـي عليه المزاد فإن التعاقد يصـبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسي عليه المزاد إذا رفضـت المحكمة توقيع صـيغة البدل الشـرعية له ووقعتها لغيره وانتقلت ملكية العقار إلي هذا الغير أن يرجع علي وزارة الأوقاف بضـمان الاسـتحقاق طبقا لأحكام البيع أو أن يطالبها بالتعويض علي أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضـمان اسـتحقاق المبيع لا يكون إلا علي أســاس قيام عقد البيع كما أن الفســخ لا يرد إلا علي عقد كان له وجود" (الطعن رقم ٢٦٨ لسـنة ٢٦ق جلسـة ١٩٦٣/١/١٧)، وبأنه "متى كان يبين من الأوراق أن الطاعن تمسـك بأن الاتفاق الذي تم بينه وبين المطعون عليه الثاني لا يمكن أن يوصـف قانونا بأنه عقد بيع كما تمسـك بأن نفاذ هذا الاتفاق قصــد أن يكون معلقا علي شــرط واقف هو قيام المطعون عليه الثاني في يوم معين بالوفاء بالالتزامات التي رتبها حكم رسو المزاد علي الطاعن وأن عدم تحقق هذا الشـرط الواقف يترتب عليه عدم قيام التزام الطاعن أصــلا، وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفي بالرد علي الشــطر الأول من دفاع الطاعن مقررا أن الاتفاق المشار إليه هو بيع صحيح ولكنه أغفل الرد علي الشطر الآخر من الدفاع وهو دفاع جوهري لا يغني التقرير بأن الاتفاق يتضمن عقد بيع التعرض له والبت فيه، فإنه يكون قد عار

الحكم قصور مبطل له في هذا الخصوص" (الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٤/١٦)، وبأنه "متى كان الحكم الاستئنافي إذ قضي برفض دعوى الطاعنين بإثبات وصحة عقد البيع الصادر لهما من المطعون عليها الأولي قد أقام قضاءه علي أساس تخلف الشرط المعلق عليه نفاذ العقد وهو تقايل المطعون عليها سالفة الذكر من البيع الصادر منها عن نفس المبيع لآخر واستردادها منه المحرر المثبت له وكان الحكم الابتدائي إذ قضي برفض قبول هذا الأخير خصما ثالثا في الدعوى قد أسس قضاءه علي أن عقده خال من الحدود وأن المبيع له في قطعة أخرى خلاف القطعة الكائن فيها المبيع للطاعنين فإن الحكم الاستئنافي إذا افترض ثبوت اتحاد المبيع في العقدين دون إقامة الدليل علي صحة هذا الافتراض المناقض لحكم محكمة الدرجة الأولي الذي قضي بعدم تدخل الخصم الثالث ودون أن يبين أن المطعون عليها الأولي سعت في التقايل من البيع الصادر منها إلي المشتري الآخر ولم تنجح مع وجوب هذا البيان حتى لو صح الافتراض المذكور فإن هذا وذاك قصور ببطله ويستوجب نقضه" (الطعن رقم ٢٢٠ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١٢/٢١)، وبأنه "إذا كان الحكم قد ذهب إلي أن الطرفين قد اتفقا علي إرجاء تنفيذ عقدي الإيجار إلي وقت قيام الطاعنة باستخراج الترخيص باسم المالكين، وأن الطاعنة هي المكلفة باتخاذ هذا الإجراء دون المطعون عليهما الأولين ليتحقق به الشرط الواقف لنفاذ الإيجار، وكانت الطاعنة لا تجادل في عدم قيامها هي باستخراج الترخيص تنفيذا لالتزاماتها الواردة بالعقد وكانت الأوراق قد خلت مما يشير إلي أن استخراج الترخيص تم بناء علي عقدي الإيجار موضوع الدعوى، وكان هذا المعنى يظاهره البند الرابع من العقدين، فإن القول بأن استخراج المستأجر الجديد- المطعون عليه الثالث-ترخيصا باسم المؤجرين يؤدي إلي نفاذ عقد الطاعنة لا يقوم علي سند صحيح من الواقع أو القانون" (الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/١٨).

﴿ المـــــادة ٢٦٩ ﴾

" يترتب علي تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام. ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه. فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض.

على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقي نافذة رغم تحقق الشرط ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية، المادة ٣٦٩ سوري، المادة ٢٥٦ ليبي، المادة ٢٨٩ عراقي، المواد ٩٧، ٩٩ بناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٩٠ من المشروع التمهيدي علي وجه يكاد يكون مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد استبدال كلمة "استحال" بكلمة "تعذر" في الفقرة الأولي، وأصبح رقمه المادة ٢٨١ في المشروع النهائي، ووافق عليه مجلس النواب، وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت كلمة "نافذة" بكلمة "قائمة" في الفقرة الثانية، وأصبح رقم المادة ٢٦٩، ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٦وص١٨).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي بأنه "يترتب للدائن بالتزام معلق علي شرط فاسخ حق ناجز أو مؤكد ولكنه قابل للزوال ويترتب علي اعتبار هذا الحق ناجزا أو مؤكدا لا محتملا. أ-أن للدائن أن يباشر بمقتضاه إجراءات التنفيذ مهن فوره. ب-وأن يقوم بما يرى من أعمال التصرف والإدارة. ج- وأن يطهر العين من الرهن وأن يشفع بها. د-كما أن التقادم يسري بالنسبة له.. يتفرع علي عدم استقرار حق الدائن وقابليته للزوال-أ-أن المقاصة لا تقع بينه وبين حق بات ما بقي التعليق قائما. ب-وأن التصرفات التي تؤسس عليه تقع مرهونة بمصيره وتكون قابلة للزوال".

《 الشــــرح 》

- الالتزام المعلق علي شرط فاسخ: الالتزام المعلق علي شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ لكنه مهدد بالزوال. ورتبت علي تحقق الشـرط الفاسـخ: زوال الالتزام، وإذا كان الدائن قد اسـتوفي الدين وتحقق الشرط الفاسخ وجب عليه أن يرده للمدين، وإذا استحال الرد بغير سبب أجنبي كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من الضرر، أما إذا رجعت الاستحالة إلي سبب أجنبي، فقد انقضي الالتزام بالرد، ولا محل للتعويض في هذه الحالة، والالتزام بالرد مبني علي أسـاس دفع غير المسـتحق، فإنه لما تحقق الشـرط الفاسـخ بأثر رجعي تبين أن الشـئ الذي دفعه المدين للدائن لم يكن مسـتحقا، فكان له الحق في استرداده. وإذا تخلف الشرط الفاسخ فإن الالتزام الذي كان معلقا عليه وكان علي حظر الزوال يصبح باتا غير معروض للزوال وتصبح جميع تصرفات الدائن تحت شرط فاسـخ هي أيضـا باتة غير قابلة للنقض، أما تصـرفات الطرف الآخر التي كانت معلقة علي شـرط واقف، ولم يتحقق هذا الشـرط بتخلف الشـرط الفاسـخ، فإنها تزول بأثر رجعي، ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلي حكم أو إعذار، كما رأينا ذلك في حالة تحقق هذا الشرط (السنهوري ص٥٢ وما بعدها).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الشرط الفاسخ المقرر جزاء علي عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا تخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية إلي المشـترين فإذا وجدت أسـباب جدية يخشـي معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون مالك للعقار ولما كان الطاعن قد تمسـك في دفاعه أمام المحكمة بحقه في حبس باقي الثمن نظرا لأن المطعون ضـده لم ينفذ التزامه بتسـهيل نقل ملكية المبيع إليه إذا امتنع عن تسـجيل عقد مشتراه من الملكين الأصـليين أو تسـليم هذا العقد إليه الأمر الذي يسـتحيل معه نقل الملكية باسـمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده إذا ما تصـرف فه ملاكه الأصـليون أو المطعون ضده إلي الغير بعقد مسجل" (الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)، وبأنه "لئن كان مؤدي نص المادة ١٥٨ من القانون المدني أن الاتفاق علي أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في حدود الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شـرط الفسـخ الاتفاقي ووجوب إعماله ذلك أن للقاضـــي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشـــرط علي عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله" (الطعن رقم ٤٣١ لسـنة ٥٨ق س٤١ ع١ ص٧٩٩ جلسـة ١٩٩٠/٣/٢٠، الطعن رقم ٢٣٦٨ لسـنة ٥٧ق س٤١ ع١ ص٦٣٣ جلسـة ١٩٩٠/٢/٢٧)، وبأنه "كان الالتزام قبل تحقق الشـرط الفاسـخ –وهو أمر مسـتقبل يترتب عليه وفقا لحكم المادة ٢٦٥ من القانون المدني زوال الالتزام المعلق علي هذا الشـــرط يكون قائما ونافذا في فترة التعليق ولكنه مهدد بخطر الزوال، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهي إعمالا بما تقضـي به المادة ١/٢٦٦ من القانون المدني إلي بطلان الشـرط الفاسـخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائما فإنه لا يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٦٦٥ لسـنة ٤٤ق جلسـة ١٩٧٨/٤/٢٥).

- وتنشئ أعمال الإدارة من الأثر الرجعي للشرط الفاسخ: تنشئ أعمال الإدارة من الأثر الرجعي للشـرط الفاسـخ حتى ولو كان الالتزام المعلق التزاما بنقل الملكية إذ تظل أعمال الإدارة التي يجريها الدائن قبل تحقق الشـرط كتأجير العين، قائمة سـارية في حق المدين، وتسـري القاعدة نفسـها علي أعمال الإدارة التي تصـدر من المدين تحت شـرط واقف، لتبقي نافذة رغم تحقق الشرط لتوافر نفس الحكمة من تقرير القاعدة بالنسبة للشرط الفاسخ (غانم بند ١٥١، محمد كمال عبد العزيز ص٩٣٩) ولكن يشترط لبقاء أعمال الإدارة بالرغم من تحقق الشرط الفاسخ أمرين: (١)أمر ذاتي، هو حسن نية

صـاحب الحق المعلق علي شـرط فاسـخ، فيجب ألا يتخذ من أعمال الإدارة ذريعة يتوسـل بها إلي تعطيل حق الطرف الآخر إذا تحقق الشـرط الفاسـخ. (٢)وأمر موضـوعي، هو ألا يجاوز في أعمال الإدارة الحـد المـألوف، فلا يعقـد إجـارة لمـدة تجـاوز ثلاث سـنوات، ولا يبيع إلا الموجود من المحصولات فيمتنع عليه بيع المحصولات المستقبلة لسنين قادمة، وهكذا. والسبب في بقاء أعمال الإدارة واضـح، لأن هذه الأعمال ضـرورية ويجب القيام بها في وقتها المناسـب، ويجب أن يكون لها من الاسـتقرار ما يكفل لها البقاء حتى يتيسـر إجراؤها، ولما كان صـاحب الحق المعلق علي شـرط فاسـخ هو الذي يملك الإدارة، فقد يسـر له القانون مهمته بأن أبقي أعماله قائمة حتى بعد تحقق الشرط الفاسخ، مادام قد توافر فيها الشرطان المتقدمان (السنهوري ص٥٤).

﴿ الـمـــادة ٢٧٠ ﴾

" إذا تحقق الشرط استند أثره إلي الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام، أو زواله إنما يكون في القوت الذي تحقق فيه الشرط.

ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٧٠ ســـوري، المادة ٢٥٧ ليبي، المادة ٢٩٠ عراقي، المواد ٥٩، ٦٩، ٨٩ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٧٩١ من المشـــروع التمهيدي علي الوجه الذي اســـتقر عليه في التقنين المدني الجديد، بعد أن أبدلت في لجنة المراجعة كلمة "انسحب" بكلمة "استند" ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٢ من المشـروع النهائي، ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشـيوخ تحت رقم ٢٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص١٩وص٢١-ص٢٢).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "..ولم يجعل حكم استناد أثر الشرط مطلقا بل استثني منه أحوالا ثلاثة: أ-فأجاز أولا استبعاد استناد أثر الشرط بإرادة المتعاقدين.. كما هو الشأن فيمن يلتزم بإلحاق شخص ما بخدمته ويعلق التزامه هذا علي شرط معين. ب-إذا كانت طبيعة الإجراء أو التصرف القانوني تقتضـــي ذلك. كما هو الشـــأن في الإجراءات التحفظية التي تم اتخاذها قبل تحقق الشـــرط الموقف وفي أعمال الإدارة التي تتم قبل تحقق الشرط الفاسخ. وفي التطهير. والشفعة أن يملك تحت شرط فاسخ. ج-إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن فإذا كان الشرط موقفا وهلك المعقود عليه فلا يكون لتحقق الشرط أثر رجعي وتقع تبعة الهلاك علي المدين في العقود التبادلية وعلي الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد... أما إذا كان الشـــرط فاســـخا وهلك العقود عليه قبل تحققه فتقع تبعة الهلاك علي الدائن عند تحقق الشـــرط في العقود التبادلية ويتحمل المدين هذه التبعة في العقود الملزمة لجانب واحد".

﴿ الشـــرح ﴾

- الأثر الرجعي للشرط: رأينا أن الفقرة الأولي من المادة ٢٧٠ مدني قد نصت علي أنه "إذا تحقق الشرط استند أثره إلي الوقت الذي نشأ فيه الالتزام"، فهذا النص يقضي بالأثر الرجعي للشرط سواء كان واقفا أو فاسخا والمقصود بالأثر الرجعي للشرط أنه إذا كان واقفا أصبح الالتزام مؤكدا من وقت إبرام الاتفاق المنشئ للالتزام وليس فقط من وقت تحقق الشرط وإذا كان الشرط فاسـخا فبتحققه يزول حق الدائن ويعتبر كأنه لم يوجد أصلا.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن استناد أثر الشرط إلي الماضي علي النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني إنما يصح حيث يكون التعليق علي الشرط ناشئا عن إرادة المتعاقدين أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشـــرط وعلق عليه حكما من الأحكام فإن الحكم المشـــروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شـرطه أما قبله فلا، لأن الأصـل أن الأثر لا يسـبق المؤثر. وعلي هذا فلا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعقود وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها علي ما كان من الشـروط فعليا مردودا إلي إرادة الشـارع، كشـرط التسـجيل لنقل الملكية لأن هذا النوع من الشـــرط باق علي أصـــله فلا انســحاب لأثره علي الماضـــي" (الطعن رقم ١٢٨ لســـنة ١٥ق جلســـة ١٩٤٦/١١/٢١)، وبأنه "متى كان البيع معلقا علي شـرط واقف هو رسـو مزاد الأطيان الواردة به علي البائع في جلسة المزايدة أمام المحكمة وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد في تلك الجلسة علي الطاعن (المشـــتري) دون البائع فإنه يترتب علي ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن، ولا يعيده إلي الوجود إجازة صـاحب المصـلحة في التمسـك بانعدامه مادام أنه لم ينعقد أصـلا من البداية نتيجة لأعمال الأثر الرجعي لتخلف الشـــرط الواقف، ومن ثم فاســـتلام الطاعن للأطيان محل النزاع وإقراره بشـرائها وسـداد أغلب ثمنها وتصـرفه بالبيع في جزء منها كل ذلك ليس من شـأنه أن يعيد إلي العقد وجوده" (مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص٤٩ جلسة ١٩٦٢/١/١١).

- الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي: يقوم مبدأ الأثر الرجعي علي أساس افتراض أو مجاز قانوني من جانب المشرع بقصد تبرير النتائج التي تترتب علي تحقق الشرط فلا شك أنه لم يكن للالتزام المعلق علي شرط واقف وجود مؤكد في فترة التعليق، ولا شك أن الالتزام المعلق علي شرط فاسخ كان قائما أثناء تلك الفترة. فالقول أنه بتحقق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان منجزا من وقت الاتفاق علي إنشائه، وأنه بتحقق الشرط الفاسخ يعتبر أن الالتزام ينشأ أصلا، قول فيه مخالفة للحقيقة، فهو يقوم إذن علي المجاز أو الافتراض (إسماعيل غانم ص٣٠١–مصطفي عبد الحميد عدوي ومحمد محي الدين إبراهيم ص٣١٠) والصحيح في رأي الفقه الغالب أن فكرة الأثر الرجعي لتحقق الشرط تستند إلي التعاقد والنية المحتملة للمتعاقدين فهي تفسير لنيتهما علي أنهما لو كانا علي يقين من أن الشرط الواقف سيتحقق لاتفقا علي إنشاء الالتزام مؤكدا من أول الأمر. ولو كانا علي يقين من أن الشرط الفاسخ سيتحقق ما اتفقا أصلا علي إنشاء الالتزام. إذن فالأثر الرجعي للشرط يترجم عما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين (السنهوري ص٦٠–محمود جمال الدين زكي ص١١٧) وهذا هو ما أخذ به التقنين المدني حيث أجاز للمتعاقدين استبعاد هذه القاعدة (م٢٧٠ مدني) (عبد المنعم البدراوي ص٢٥٠).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه ".. فالقاعدة العامة هي انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلي وقت التعاقد والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسير معقولا لإرادة المتعاقدين، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر علي يقين من تحقق الشرط، لردا أثره إلي وقت انعقاد العقد" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٢٠).

- الآثار المترتبة علي ثبوت الأثر الرجعي للشرط: يترتب علي الأثر الرجعي للشرط عدة آثار أهمها: (١)أن التصرف المعلق علي شرط واقف، يعتبر نافذا من تاريخ التصرف عندما يتحقق الشرط، ويكون الدائن في هذا التصرف هو وحده صاحب الحق محل التصرف، فإن كان قد تصرف فيه في فترة التعليق أو كان رتب رهنا خلالها، فإن تلك التصرفات تكون صادرة من مالك فتقع صحيحة، وعلي العكس من ذلك، إذا تصرف المالك تحت شرط فاسخ ببيع أو رهن، ثم تحقق الشرط فزالت عنه الملكية بأثر رجعي وآلت إلي المالك تحت شرط واقف، فإن تصرف المالك تحت شرط فاسخ لا ينفذ في حق المالك تحت شرط واقف لورود هذا التصرف علي ملك الغير (أنور طلبه ص٦٦٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "ما تضمنته قائمة مزاد استبدال الأطيان الموقوفة من أن من يرسو عليه المزاد لا يستحق في الريع إلا إذا وافقت المحكمة الشرعية علي الاستبدال، وأنه إلي أن يتم ذلك لا مسئولية علي وزارة الأوقاف في شئ يتعلق بالعقار لذي يكون في هذه الحالة تحت يدها، ولها حق تأجيره واستغلال ريعه، وأن الراسي عليه المزاد ملزم باحترام عقود التأجير الصادرة منها ولو كان ذلك قبل تاريخ توقيع الصيغة الشرعية ب يوم واحد، ما تضمنته القائمة من ذلك لا يسوغ القول باعتبار هذا البيع معلقا علي شرط فاسخ، وذلك لأن إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية، ثم توقيع صيغته منها، ليست شرطا فاسخا أو بتحققه إن كان واقفا، فإنه في ركلتا الحالتين يكون البيع نافذا من وقت رسو المزاد لا من وقت توقيع الصيغة الشرعية" (مجموعة عمر ٣ رقم ٥٩ ص٢٠٤ نقض مدني ٩ مايو سنة ١٩٤٠)، وبأنه "قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة هي عقد بيع معلق علي شرط واقف، هو إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية وصدور صيغته منها، وأنه بتحقق هذا الشرط يكون البيع نافذا من وقت رسو المزاد ومؤدي ذلك أن قرار الموافقة علي الاستبدال وصيغته لا يخرجان عن كونها إجازة للعقد بشروطه السابق الاتفاق عليها بين الطرفين علي أساس من قائمة مزاد الاستبدال" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٥ ص١٤١٣ جلسة ١٩٧٤/١٢/١١). (٢)إذا باع شخص عقارا تحت شرط واقف، فأصبح هو نفسه مالكا تحت شرط فاسخ، ثم نزع دائن مرتهن للبائع ملكية العقار، وتحقق الشرط بعد ذلك، فإن الأثر الرجعي لتحققه يجعل المشتري مالكا منذ البيع لا منذ تحقق الشرط، فإن كان الدائن المرتهن الذي نزع الملكية لا يقيد حقه إلا بعد تسجيل البيع، فإن نزع الملكية لا ينفذ في حق

المشتري، أما إذا كان الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع، فإنه يكون نافذا في حق المشتري، فينفذ في حقه أيضا نزع الملكية (السنهوري ص٦٢). (٣)إذا قيد الدائن المرتهن تحت شرط واقف الرهن الضامن لدينه ثم تحقق الشرط بعد القيد، فإن مرتبة الرهن تتحدد من تاريخ القيد وليس من تاريخ تحقق الشرط (أنور طلبه ص٦٦٣). (٤)إذا كان المدين تحت شرط واقف قد وفي عن غلط قبل تحقق الشرط ولم يقم باسترداد ما وفي خلال فترة التعليق وفقا للقواعد العامة في دفع غير المستحق. فإنه متى تحقق الشرط لا يستطيع أن يسترد ما وفاه عملا بالأثر الرجعي للشرط الذي كشف أن المدين وقت أن وفي كان مدينا بالفعل. أما إذا كان الشرط فاسخا وقام المدين بالوفاء في خلال فترة التعليق فإنه يقوم بأداء دين مستحق عليه ولا يستطيع أن يسترد ما أداه مادام الشرط لم يتحقق فإذا تحقق الشرط الفاسخ زال حق الدائن بأثر رجعي، وكان للمدين أن يسترد ما دفع إذ تبين أنه وقت أن دفع لم يكن مدينا فيكون قد دفع غير المستحق (السنهوري ص٦٥). (٥)يعتبر عقد التأمين علي الحياة عادة معلقا علي شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعي. واعتبر عقد التأمين نافذا من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط. فلو أن شخصا أمن علي حياته، ثم مات قبل حلول القسط الأول، ودفع هذا القسط من تركته، فإن عقد التأمين يعتبر نافذا قبل وفاة المؤمن علي حياته، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقا. (٦)للدائن تحت شرط واقف، إذا تحقق الشرط، أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرفات مدينه، حتى ما كان منها سابقا علي تحقق الشرط، فإن حقه يعتبر بفضل الأثر الرجعي، موجودا منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط، ومن ثم يعتبر سابقا علي تصرف المدين. (٧)إذا كسب شخص حقا معلقا علي شرط واقف، في ظل تشريع معين، وقبل تحقق الشرط صدر تشريع جديد من شأنه أن يؤثر في هذا الحق، ثم تحقق الشرط، فإن التشريع الذي يسري هو التشريع القديم لا التشريع الجديد، إذ يعتبر الحق، بفضل الأثر الرجعي، موجودا منذ البداية أي منذ أن كان التشريع القديم ساريا (السنهوري ص٦٢).

- استثناءات من مبدأ الأثر الرجعي: يسري الأثر الرجعي للشرط بصفة مطلقة، إذ ترد عليه الاستثناءات التالية: ١-إذا اتفق المتعاقدان علي استبعاد الأثر الرجعي واعتبار تنفيذ الالتزام منذ تحقق الشرط وليس من وقت التعاقد، ويكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا علي أنه يجب تفسير أي شك في استبعاد الأثر الرجعي علي الإبقاء علي هذا الأثر، فإن لم يكن قصد المتعاقدين واضحا جليا علي استبعاد الأثر الرجعي تعين الإبقاء عليه (أنور طلبه ص٦٦٣). ٢-يستبعد الأثر الرجعي إذا تبين من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه هذا الشرط. وهذا هو الحال في العقود الزمنية كعقد الإيجار أو عقد العمل أو عقد التوريد، فإذا كان العقد معلقا فيها علي شرط فاسخ، وبقي مدة من الزمن منفذا ثم تحقق الشرط، فإن طبيعة العقد هنا تستعصي علي الأثر الرجعي، لأن الزمن هنا معقود عليه، ولا يمكن الرجوع في الزمن. فلا يكون لتحقق الشرط تأثير علي المدة السابقة، بل يقتصر أثره علي إنهاء العقد (السنهوري ص٦٥).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان تحقق الشرط في عقد الإيجار-واقفا كان هذا الشرط أو فاسخا-ليس له أثر رجعي لأن طبيعة هذا العقد باعتباره عقدا زمنيا يتنافي مع الأثر الرجعي للشرط فإن وجود الالتزامات الناشئة عنه إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط طبقا للمادة ١/٢٧٠ من التقنين المدني" (الطعن رقم ١٦٧٩ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/١/١٠) ويقاس علي هذا طبيعة الإجراء الذي اتخذ كالإجراءات التحفظية التي تم اتخاذها قبل تحقق الشرط الموقف، والتطهير والشفعة ممن يملك الشرط الفاسخ. ٣-إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فعقد البيع المعلق علي شرط واقف بالنسبة للمشتري وشرط فاسخ بالنسبة للبائع، فإذا هلكت العين قبل تحقق الشرط وكان المشتري لم يتسلمها بعد فإن الهلاك يكون علي البائع "م٤٣٧" فإن اشتري شخص تحت شرط فاسخ وتسلم المبيع وهلك في يده ثم تحقق الشرط الفاسخ، فإن مؤدي الأخذ بالأثر الرجعي أن يكون الهلاك علي المالك وهو البائع، لكن المشرع استبعد الأثر الرجعي في هذه

الحالة (أنور طلبه ص٦٦٥). ٤-أعمال الإدارة متى تمت بحسن نية، فقد رأينا أن المادة ٢٦٩ مدني قد قضت بأن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقي نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ، وكان مقتضي الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ أن تسقط هذه الأعمال، ولكنها تبقي نافذة بالرغم من تحقق الشرط مادامت قد تمت بحسن نية في الحدود المألوفة للإدارة، وقد تقدم بيان ذلك. ومن أعمال الإدارة كما رأينا، الإيجار لمدة لا تزيد علي ثلاث سنوات، وقبض الأجرة وقبض المحصولات والثمار. وبيعها وقيد الرهن، وتجديد القيد، وقسمة العين الشائعة، وتطهير العقار المرهون (السنهوري ص٦٤).

٢- الأجـــل

﴿ المـــادة ٢٧١ ﴾

" يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضـــاؤه مترتبا علي أمر مســـتقبل محقق الوقوع.

ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٧١ ســـوري، المادة ٢٥٨ ليبي، المادة ٢٩١ عراقي، المادة ١٠٠ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٩٢ من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد.. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٣ من المشـــروع النهائي. ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشـــيوخ تحت رقم ٢٧١ (مجموعة الأعمال التحضـــيرية ٣ ص٢٢-ص٢٣وص٢٥-ص٢٦).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه **"الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع وغني عن البيان أن تحقق الوقوع هو الفارق الجوهري بين الشـــرط والأجل وأن هذا الفارق هو علة عدم اســـتناد أثر الثاني دون الأول. وليس يستلزم اعتبار الأجل أمرا محققا وجوب التيقن من الوقت الذي يقع فيه. فمشخصات الأجل تتوافر في الموت رغم انتفاء التيقن من حينه، لأن وقوعه أمر محقق لا شـــبهة فيه" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٢٤ وما بعدها).**

﴿ الشـــرح ﴾

- المقصـود بالأجل: **الأجل أمر مسـتقبل محقق الوقوع يؤدي إلي نفاذ الالتزام أو إلي انقضـائه دون أن يكون لذلك أثر رجعي. ويكفي أن يكون الأمر مســـتقبلا محقق الوقوع ولو كان لا يعرف وقت وقوعه كالموت. ونلاحظ من ذلك أن الأجل له عدة خصـــائص نعرض لها فيما يلي:** أولا: الأجل أمر مستقبل: **الأجل أمر مستقبل. والأجل في هذه الصفة يتفق مع الشرط فكلاهما أمر مستقبل. ولا يجوز أن يكون الأجل أمرا وقع وقت نشـوء الالتزام. فلو حدد المدين أجلا لتنفيذ التزامه عودة أول فوج من الحج، غير عالم بأن هذا الفوج قد وصـــل فعلا، يكون التزامه قد نشـأ منجزا، أو إذا جعل الملتزم من موت شـخص معين أجلا لتنفيذ التزامه، في حين أن هذا الشـخص يكون قد مات قبل انعقاد التصـــرف دون أن يعلم الملتزم بذلك، يكون الالتزام في هذه الحالة منجزا (محمود جمال الدين زكي ص١٢٠-عبد المنعم الصـــدة ص١٥).** ثانيا: الأجل أمر محقق الوقوع: **تقول الفقرة الأولي من المادة ٢٧١ مدني أن الأجل يجب أن يكون أمرا مســتقبلا محقق الوقوع.. وفي ذلك يختلف الأجل عن الشـرط فقد رأينا أن الشـرط أمر غير محقق الوقوع. علي أنه إذا كان**

ضـــروريا أن يكون الأجل محقق الوقوع، فليس من الضـــروري أن يكون ميعاد وقوعه معلوما. فقد يكون هذا الميعاد مجهولا، ومع ذلك يبقي الأجل محقق الوقوع، فيكون أجلا لا شـــرطا. وهذا ما تقضـــي به الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ مدني فهي تقول: "ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه" ويســـمي الأجل في هذه الحالة أجلا غير معين **(terme incertain)** بالمقابلة للأجل المعين **(terme certain)** الذي يعرف ميعاد حلوله. والمثل المألوف للأجل غير المعين هو الموت، فهو أمر محقق الوقوع. ولكن لا يدري أحد متى يأتي، ومن ثم كان أجلا غير معين. وعلي ذلك فالتزام شـركة التأمين علي الحياة أن تدفع مبلغ التأمين عند موت المؤمن علي حياته التزام مقترن بأجل واقف غير معين هو الموت. وإذ التزم المقترض أن يرد مبلغ القرض عند موته، فيؤخذ من تركته، جاز ذلك، وكان التزامه برد القرض مقترنا بأجل واقف غير معين هو الموت ولا يعتبر هذا تعاملا في تركة مستقبلية فإن المقترض قد التزام في الحال وفي ماله الحاضـــر، وإنما ضـــب أجلا لتنفيذ التزامه هو موته، والموت كما قدمنا أجل غير معين (السنهوري ص٦٩).

وقد قضـــت محكمة النقض بأن "الموت وإن كان لا يدري أحد متى يأتي إلا أنه محقق الوقوع ومن ثم كان أجلا غير معين وهو ما عنته الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ من القانون المدني بما جرى به نصـــها من أنه "ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه" (الطعن رقم ١٩٠٤ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٧).

- نوعا الأجل: والأجل قد يكون واقفا يترتب علي تحققه نفاذ الالتزام، وقد يكون فاسخا يترتب علي تحققه زوال الالتزام، مع ملاحظة أن الالتزام المضـاف إلي أجل واقف له وجود كامل ولكنه غير نافذ وعلي ذلك فالأجل الواقف هو الذي يؤخر نفاذ الالتزام أو بعبارة أخرى يترتب علي حلوله أن يصـبح الالتزام واجب التنفيذ مســـتحق الأداء. كالتزام المقترض برد قيمة القرض في تاريخ معين. وكالتزام المشـتري بثمن مقسـط إذ يقترن بآجال متتابعة هي مواعيد حلول الأقسـاط وكذلك مثل تعهد مقاول بإقامة بناء في مدة معينة. أما الأجل الفاســـخ أو المهني. فهو يؤدي إلي وضـــع حد لتنفيذ الالتزام، بحيث يترتب علي حلوله انقضـاء الالتزام وانتهاء تنفيذه. ومثاله التزام المؤجر بتمكين المســتأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فهو معلق علي أجل فاسخ هو التاريخ المحدد لانتهاء عقد الإيجار . (محمد لبيب شنب ص٣١٠-عبد المنعم البدراوي ص٢١٤)

وقد قضـــت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة ٢٧١ من القانون المدين أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود، وإنما يكون نفاذ مترتبا علي حلول الأجل" (الطعن رقم ٣٢٢ لســـنة ٣٣ق س١٩ ص٣٧٦ جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧)، النص في المادة ٢٧١ من القانون المدني علي أن "١-يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا علي أمر مستقبل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه" مؤداه أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتبا علي حلول الأجل فإذا اتفق علي تأخير تنفيذ الالتزام إلي وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا علي أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلي القيام بالعمل الموكل لإرادته أو يطلب من القاضـــي أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل، فإذا اتفق علي تأخير تنفيذ الالتزام إلي هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن، أو الذي منحه القاضـــي له، أصـــبح الأجل معينا بانتهاء هذا الوقت، ويصـير الالتزام نافذا، ويتعين علي المدين تنفيذه إذا ما أعذره الدائن ويكون لهذا الأخير إجباره علي القيام بما التزم به" (الطعن رقم ٢٢٢ لســـنة ٣ق س١٩ ع١ ص٣٧٦ جلســـة ١٩٦٨/٢/٢٧، الطعن رقم ١٣٨٥ لسـنة ٥٩ق جلسـة ١٩٩٦/١١/٢٤، وذات المعنى في الطعن رقم ٧٥٤٠ لسـنة ٦٣ق جلســـة ٢٠٠٢/٣/٢٤)، وبأنه "إذا اتفق علي تأخير تنفيذ الالتزام إلي وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا علي أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلي القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضـــي أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل" (الطعن رقم

٣٢٢ لسنة ٣٣ق مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ ص٣٧٦ جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧)، وبأنه "مؤدي المادة ٢٧١ من القانون المدني أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتبا علي حلول الأجل، فإذا اتفق علي تأخير تنفيذ الالتزام إلي وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا غير معين للدائن الحق في أن يدعو المدين إلي القيام بالعمل الموكل لإرادته أو يطلب من القاضي أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل، فإذا اتفق علي تأخير تنفيذ الالتزام إلي هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن أو الذي منحه القاضي له، أصبح الأجل معينا بانتهاء هذا الوقت، ويصير الالتزام نافذا، ويتعين علي المدين تنفيذه إذا ما أعذره الدائن، ويكون لهذا الأخير إجباره علي القيام بما التزم به" (الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)، وبأنه "مفاد نص المادتين ٢٦٥، ٢٧١ من القانون المدني أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفا يلحق بالالتزام فإنهما يختلفا في قوامهما اختلافا ينعكس أثره علي الالتزام الموصوف فبينما لا يكون الالتزام المعلق علي شرط محققا في قيامه أو زواله إذ بالالتزام المضاف إلي أجل يكون محققا في وجوده ولكنه مؤجل النفاذ أو مؤجل الانقضاء" (الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٢ق س٣٣ ع١ ص٤١٧ جلسة ١٩٨٢/٤/١٥)، كما قضت بأنه "القيد الذي اقترن به التزام الطاعن بالدين ومقتضاه أن الالتزام يعتبر لاغيا ولا وجود له في حالة وفاة المطعون عليه، لا يعدو أن يكون أجلا فاسخا يقتصر أثره علي مجرد وضع حد زمني ينتهي به التزام الطاعن الذي يعتبر قائما ونافذا قبل حلول الأجل، وإذا كانت هذه هي النتيجة التي انتهي إليها الحكم المطعون فيه، فإنه لا يبطله اعتباره العقد سالف الذكر شرطا فاسخا إذ لمحكمة النقض أن تصحح ما اشتملت عليه أسباب الحكم من أخطاء قانونية بغير أن ينقضه" (الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٤ق س٢٩ ص١١١٢ جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥)، وبأنه "من المقرر علي ما جرى به قضاء محكمة النقض-أنه إذا ما أصدر البنك خطاب ضمان لكفالة عميله، فإن علاقة البنك بالمستفيد يحكمها هذا الخطاب وحده، وعبارته هي التي تحدد التزام البنك والشروط التي يدفع بمقتضاها حتى إذا ما طولب بالزيادة في أثناء سريان أجل الضمان وتحققت الشروط وقدمت إليه المستندات المحددة في الخطاب، وجب عليه الدفع فورا، بحث لا يلتزم إلا في حدود تلك الشروط أو يعتد بغير هذه المستندات، وفي ذات الوقت ليس له أن يستقل-دون موافقة عميله-بمد أجل خطاب الضمان عن الأجل الموقوف فيه والمتفق علي تحديده مقدما ويسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلوله نهاية ذلك الأجل" (الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٤٩ق س٣١ ع٢ ص٢٠٩٧ جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٢).

- مصادر الأجل: الأجل قد يكون اتفاقيا مصدره الاتفاق الذي قد يكون صريحا وقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد أو طبيعة الالتزام كالشأن في الالتزام بتوريد أغذية للمدارس إذ تفيد طبيعته أنه مضاف إلي بدء الدراسة، وكالشأن في الالتزام بعمل يستغرق مدة من الزمن كالتزام الناقل أو المقاول فكلاهما مضاف إلي أجل واقف هي المدة اللازمة للنقل أو إتمام البناء، ويحدد القاضي الأجل في هذه الأحوال مسترشدا بظروف التعاقد والعادات. وقد يكون الأجل قانونيا مصدره القانون كما في الوصية فهي تصرف مضافا إلي ما بعد الموت فالأجل الواقف في هذه الحالة هو موت الموصي، ومثل الأجل القانوني الفاسخ حق الانتفاع إذ ينقضي بموت المنتفع، وقد يصدر قانون في حالات استثنائية بمنح المدينين أجلا للوفاء بالتزاماتهم كما فعل المشرع المصري أبان حرب عام ١٩٦٧ بمنح المدينين بمدن القناة أجلا للوفاء بالتزاماتهم.

وقد قضت محكمة النقض بأن "أفصح المشرع في القانونين رقمي ٢٦٩و ٢٧٢ لسنة ١٩٦٠ عن إرادته في التدخل بسبب ظروف اقتصادية خاصة قرر إزاءها وقف المطالبة بالديون المستحقة علي شركات الأدوية المستولي لديها خلال مدة معينة، وهذه المدة إنما تعتبر أجلا محددا قانونا يتوقف علي حلوله نفاذ الالتزام، بمعنى أن الالتزام نشأ منجزا ولكنه تحول أثناء التنفيذ إلي التزام مؤجل بناء علي تدخل المشرع **moratorium**. وإذ أراد المشرع بصريح عبارة القانونين المذكورين، مجرد تأجيل الديون المستحقة بعد سريان القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ دون أن يتدخل في تعديل الاتفاق علي

الفوائد المعتبر شـريعة المتعاقدين، وكان المشـرع قد قرر بالقانون رقم ٢١٢ لسـنة ١٩٦٠ الاسـتيلاء علي المستحضرات الطبية لدى شركات القطاع الخاص التي تتجر في الأدوية ونظم أحكم هذا الاستيلاء تمشيا مع سياسة الدولة الاشتراكية حتى لا تتضخم أرباح هذه الشركات علي حساب السواد الأعظم من أبناء الشعب بالتحكم في السوق ورفع الأسعار، فإن أثر هذا التأجيل يقتصـر–أخذا بالعلة التي أرادها المشرع وبالقدر الذي توخاه منها–علي أصل الدين دون إيقاف سريان فوائده وإلا لكان في ذلك مغنم لهذه المنشآت الأمر الذي لم يدر في خلد المشـرع بل ويتعارض مع أهدافه" (الطعن رقم ٤١٢ لسـنة ٣٥ق س٢٠ ص١٣٦٣ جلسـة ١٩٦٩/١٢/٣٠)، وقد يكون القضـاء هو مصـدر الأجل، ويسـمي الأجل القضائي في الفقه المصري بنظره الميسرة. والأصل في نظرة الميسرة (delai de grace) أن المدين، إذا كان يجب عليه الوفاء بدينه في الميعاد المتفق عليه، إلا أنه إذا اسـتدعت حالته الرأفة به، ولم يلحق الدائن من التأجيل ضرر جسيم، ولم يمنع من التأجيل نص في القانون، يجوز للقاضي، بهذه الشروط الثلاث، أن يمنح المدين أجلا أجالا معقولة يفي فيها بدينه. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ مدني علي هذا الحكم صـراحة إذ تقول: "علي أنه يجوز للقاضـي، في حالات اسـتثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلي أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا اسـتدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضـرر جسيم". ونظرة الميسـرة كنظرية الظروف الطارئة، يراد بها التخفيف من عبء التزام المدين الجدير بالرأفة، وهي تخفف العبء من حيث الإفساح في أجل الوفاء، كما تخفف الظروف الطارئة العبء من حيث تحديد مقدار الدين (السنهوري ص٦٨).

- الأجل الإرادي المحض: **إذا اتفق علي تأخير تنفيذ الالتزام إلي وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا علي أجل غير معين، للدائن الحق في أن يدعو المدين إلي القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضـي أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل (الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ق نقض ١٩٦٨/٢/٢٧).**
- الحقوق التي يلحقها وصـف الأجل: **والأجل وصـف يلحق بوجه عام الحقوق الشـخصـية والحقوق العينية علي السـواء، أيا كان مصـدر هذه الحقوق. فحق المنفعة أيا كان مصـدره مقترن بأجل فاسـخ حده الأقصـى هو الموت كما قدمنا. كذلك حق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته علي سـتين سـنة. غير أن هناك حقا عينيا واحدا–هو حق الملكية–لا يجوز أن يقترن بأجل واقف أو فاسـخ ذلك أن طبيعة حق الملكية تقتضـي أن يكون هذا الحق أبديا، بل هو يتأبد في انتقاله من مالك إلي مالك، فلا يصـح أن يقترن بأجل فاسـخ لأن هذا يتعارض مع أبديته، ولا بأجل واقف إذ يقابل هذا الأجل أجل فاسخ في الجهة الأخرى (السنهوري ص٨٤).**

﴿ الـمـــادة ٢٧٢ ﴾

" إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسـرة، عين القاضـي ميعادا مناسـبا لحلوله الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمسـتقبلية ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص علي الوفاء بالتزامه ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـوص القوانين العربية، المادة ٢٧٢ سـوري، المادة ٢٥٩ ليبي، المادة ٢٩٧ عراقي، المادة ٧٦٣ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٩٥ من المشـروع التمهيدي علي وجه مطابق ما اسـتقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٤ من المشـروع النهائي. ثم وافق عليـه مجلس النواب، فمجلس الشـيوخ تحـت رقم ٢٧٢ (مجموعـة الأعمـال التحضـيريـة ٣ ص٢٦وص٢٨).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "قد يقع أحيانا أن يغفل المتعاقدان تحديد أجل للوفاء بالالتزام، ويتفقا علي أن يفي المدين عند المقدرة أو عند الميسرة (أو عند الإمكان أو حسب الإمكان) ويعتبر مثل هذا الاتفاق عند الشك صورة من صور الإضافة إلي الأجل، لا ضربا من ضروب التعليق وغني عن البيان أن عقد الوفاء بالاقتدار، لو حمل محمل الشرط، لجاز أن يمتنع الوفاء علي المدين أبدا، وأن يمتنع حلول الدين حتى بعد موته. أما إذا اعتبر أجلا، فيلزم المدين بالوفاء إلزاما ناجزا أو مؤكدا، ويصبح الدين مستحق الأداء عند الوفاة علي الأكثر" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٢٧).

《 الشـــرح 》

- التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة: إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة فإنه يكون قد أضاف التزامه إلي أجل واقف هو تحقيق قدرته أو ميسرته علي الوفاء، فإن لم يحل هذا الأجل حال حياة المدين فإنه يحل حتما بوفاته ويصبح دينا في التركة فتقسم علي الدائن وسائر الدائنين قسمة غرماء. فقد نصت المادة ٢٧٢ مدني علي أنه "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسبا لحلول الأجل، مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص علي الوفاء بالتزامه". فالمفروض في الحالة التي نحن بصددها أن المدين إنما ضرب أجلا للوفاء بدينه، ولم يجعل الدين معلقا علي شرط. ذلك أنه يحتمل أن يكون قد قصد تعليق الوفاء بالدين علي شرط الميسرة أو المقدرة، وعند ذلك يصبح الوفاء بدينه معلقا علي شرط واقف. وهو أمر غير محقق الوقوع، فإذا أيسر وتحققت مقدرته علي الوفاء تحقق الشرط واقف وهو أمر غير محقق الوقوع، فإذا أيسر وتحققت مقدرته علي الوفاء تحقق الشرط ووجب أن يفي بالدين أما إذا لم يوسر ولم يتحقق مقدرته علي الوفاء طول حياته، فقد تخلف الشرط وسقط عند الالتزام بالوفاء، كما يحتمل أن يكون المدين قد قصد أن يضرب أجلا للوفاء بدينه، هو ميسرته أو مقدرته علي الوفاء. وفي هذه الحالة يكون المدين قد قصد أن يفي بدينه علي كل حال، أما عند الميسرة أو المقدرة، وأما عند الموت إذا لم يواته اليسار حال حياته، فالأجل هنا آل غير معين، وهو أقرب حادثتين غير معينتين، اليسار أو الموت (السنهوري ص٧٥) فإن لم يتضح من الظروف ما إذا كان الالتزام مضافا إلي أجل أو معلقا علي شرط فيفترض أن الالتزام مضاف إلي أجل "م٢٧١" وليس معلقا علي شرط، وعلي المدين إن ادعى العكس إثبات ما يدعيه، فإن عجز عن ذلك أو لم يعترض، كان للدائن أن يحدد أجل الوفاء الذي تتحقق فيه المقدرة أو الميسرة، وذلك إما باتفاقه مع المدين أو بحكم من القضاء، وعلي القاضي عند تحديد هذا الأجل مراعاة موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضا فيه عناية الشخص الحريص علي الوفاء بديونه ولو كانت عناية المدين أدنى من ذلك، فالشخص الحريص يكتفي بالضروريات وفقا لحالته الاجتماعية وما يجاوزها يكون محلا للوفاء، فإن لم يتم الاتفاق وعجز القاضي عن تحديد الأجل لم يكن أمام الدائن إلا انتظار أقرب الأجلين الميسرة أو وفاة المدين، ولكن أن تحدد الأجل وعند حلوله ادعى المدين أنه معسر، فللدائن التنفيذ عليه جبرا. وتحديد أجل المقدرة أو الميسرة هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، ولكن حلول الدين عند أقرب الأجلين فهي مسألة قانون يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النفض (أنور طلبه ص٦٧٢).
- نظرة الميسرة في الدين التجاري: تنص المادة ٥٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) علي أنه "لا يجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن". فقد حظرت المادة علي المحكمة منح المدين بالتزام تجاري مهلة للوفاء به أو تقسيطه. إلا أنها أجازت استثناء من هذا الحظر حالة الضرورة أي وجود ضرورة تؤدي إلي تأخير المدين في الوفاء بالتزامه أو تبرر تقسيط هذا الالتزام كما

في حالات الركود الاقتصـــادي أو الأزمات مثل وقوع بعض الأحداث التي تمنع المدين عن الوفاء بالتزامه لا ترجع إليه بالضـرورة ولكن بشـرط ألا تلحق هذه المهلة أو تقسـيط الدين ضـررا جسـيما بالدائن التاجر، كما لو كان هذا الأخير مدينا بأوراق تجارية أو التزامات أخرى لا تحتمل التأخير كأقساط التسهيلات الائتمانية الممنوحة من أحد المصارف مما قد يعرضه للإفلاس وعلي هذا يعتبر هذا النص قيدا علي القاعدة العامة التي تضمنتها المادة ٢٧٢ من القانون المدني.

﴿ الـمـــادة ٢٧٣ ﴾

" يسقط حق المدين في الأجل:

١- إذا أشهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون.

٢- إذا أضـعف بفعله إلي حد كبير ما أعطي الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضـــي القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان أضعاف التأمين يرجع إلي سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٧٣ ســـوري، المادة ٢٦٠ ليبي، المادة ٢٩٥ عراقي، المواد ١١٣، ١١٤ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٩٦ من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا بعض اختلاف لفظي طفيف. وفي لجنة المراجعة حور النص تحويرا لفظيا، واستبدلت عبارة "ضمانا كافيا" الواردة في البند ٢ بعبارة "ما يكتمل التأمين" وسأل أحد الأعضاء عن مدى ما تؤديه عبارة "إضـعاف التأمين إلي كبير": فأجيب "بأن مجرد الإضـعاف لا يكفي لسـقوط الأجل، وإنما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين" ووافقت لجنة المراجعة علي النص تحت رقم ٢٨٥ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت عبارة "ما لم يقدم المدين ضـمانا كافيا"، الواردة في آخر البند بعبارة "ما لم يتوق المدين هذا السـقوط بأن يقدم للدائن ضـمانا كافيا"، لأن الإشـارة إلي توقي السـقوط تزيد فمن البديهي أن المدين بتقديمه الضـمان الكافي يتوقي السـقوط، وأصبحت المادة رقمها ٢٧٣. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٢٩–ص٣٠–وص٣٢ت ص٣٣).

وقد جاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه "تواجه هذه المادة حكم سـقوط حق المدين في الأجل المضروب لمصلحته، فالمدين يحرم من الانتفاع بهذا الحق في أحوال ثلاث تكفل النص ببيانها: أولها: حالة إشهار الإفلاس أو الإعسار. فإذا أشهر إعسار المدين سقط حقه في الأجل بحكم القانون، ما لم تقض المحكمة بالإبقاء علي هذا الأجل، وفقا للأحكام المقررة في هذا الشأن. ويراعي كذلك، أن للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب إشهار الإعسار، ولم يتم الوفاء بها، إلي أجلها السابق، متى كان قد أدي جميع ما حل من أقساطها".

﴿ الشـــرح ﴾

- سقوط حق المدين في الأجل: نصت المادة ٢٧٣ مدني سالفة الذكر علي ثلاث حالات يسقط فيها حق المدين في الأجل، والمفروض هنا أن الأجل واقف وليس فاسـخ. لأن الأجل الفاسـخ له أسباب يسـقط بها في أحوال معينة وردت في نصوص خاصة. وحالات سقوط الأجل كما وردت بالمادة ٢٧٣ مدني هي: (١) شهر إفلاس المدين أو إعساره: يسقط الأجل إذا شهر إفلاس

المدين إن كان تاجرا أو شـــهر إعســـاره إن كان غير تاجر. والحكمة من ذلك أن الدائن لم يرض بالأجل إلا لثقته في يسـار المدين، كما أن إسـقاط آجال الديون تقتضـيه ضـرورة تحقيق المسـاواة الفعلية بين الدائنين إذ بذلك يستطيع الدائنون المؤجلة ديونهم أن يشاركوا أصحاب الديون الحالة في التنفيذ فورا علي أموال المدين المعسر أو المفلس، بدلا من الانتظار لحين حلول آجال ديونهم فيتقدم عليهم أصحاب الديون الحالة، وقد لا يبقي من أموال المدين شئ بعد ذلك. (٢) أضـاف التأمينات الخاصة: فلا يكفي أضعاف الضمان العام، بل لابد وأن ينصب ذلك علي تأمين خاص سواء كان قد تقرر بالاتفاق كالرهن الرسمي، أو بأمر القضاء كحق الاختصاص أو بنص القانون كحق الامتياز، وسـواء كان قد تقرر مع نشـوء الدين أو في تاريخ لاحق. ويتعين لسـقوط الأجل أن يكون التأمين قد ضـعف إلي حد كبير وهو ما لا يتحقق إلا إذا صـار أقل من قيمة الدين. ويختلف الحال تبعا لمصـدر أضـعاف التأمينات، فإن كان ذلك يرجع إلي فعل المدين سواء كان عن عمد أو إهمال كان للدائن الخيار بين طلب أداء الدين أو طلب تأمين أضـــافي، أما إذا كان أضـــعاف التأمينات راجعا إلي سبب أجنبي لا يد للمدين فيه كان الخيار للمدين الذي يكون له أن يتوقي سقوط الأجل بتقـديم تـأمين كـاف ولا يلزم في هـذه الحـالـة بتكملـة التـأمين الأصـــلي . (محمـد كمـال عبد العزيز ص٦ ٤ ٩-السنهوري ص٩٨).

وقد قضــت محكمة النقض بأن "يدل نص المادة ٢٧٣ من القانون المدني علي أن حق المدين في الأجل لا يسقط إذا كان أضعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه. وللدائن المرتهن-شأنه شأن صاحب أي حق عيني آخر-أن ينزل عن رهنـه دون أن يرجع في ذلـك إلي إرادة المـدين الراهن" (نقض ١٩٦٩/٢/١١ س٢٠ ص٣٠٣)، وبأنه "متى كان الدائن المرتهن قد تسلم الأطيان المرهونة وظلت في حيازته وكان هو الذي تخلي عن حيازة هذه الأطيان باختياره، فإنه يكون هو المسئول وحده عن أضعاف التأمينات" (نقض ١٩٦٩/٢/١١ س٢٠ ص٣٠٣).

(٣) عدم تقديم المدين لتأمين وعد به: إذا كان المدين قد التزام بتقديم تأمين خاص لدينه ثم أخل بهذا الالتزام ولم يقدم التأمين الموعود به ســقط الأجل حتى لو قدم تأمينا خاصـــا آخر وكان هذا التأمين كافيا ويسقط الأجل في هذه الحالة دون أن ينتقص من الدين شئ في مقابلة سقوط الأجل، لأن الأجل، كما قدمنا، قد سقط بخطأ المدين. ويستطيع الدائن، بعد سقوط الأجل وحلول الدين واستصدار حكم واجب التنفيذ به، أن يحصل بموجب هذا الحكم علي حق اختصاص علي عقارات المدين، يحل محل التأمين الخاص الذي كان المدين قد وعده به دون أن يفي بوعده (السنهوري ص١٠٢).

﴿ المـــادة ٢٧٤ ﴾

" إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضـــي فيه الأجل. علي أنه يجوز للدائن حتى قبل انقضـــاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به علي حقوقه وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشـــي إفلاس المدين أو إعساره واستند في ذلك إلي سبب معقول.

ويترتب علي انقضـــاء الأجل الفاســخ زوال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعي ".

﴿ التعليـــق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصــوص القوانين العربية، المادة ١/٢٧٤ ســوري، المادة ١/٢٩٣ عراقي، والمواد ١٠٨، ١١١ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٩٨ من المشـروع التمهيدي علي وجه مطابق لما اسـتقر عليه في التقنين المدني الجديد. ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٢٨٦ من المشـروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشـيوخ تحت رقم ٢٧٤ (مجموعة الأعمال التحضـيرية ٣ ص٣٤-ص٣٥). وانظر المذكرة الإيضـاحية للمشـروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضـيرية ٣ ص٣٤-ص٣٥.

وجاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه "**.. ويراعي أن حلول الالتزام المضـــاف إلي أجل موقف علي أثر انقضاء هذا الأجل لا يقبل من وجوب الأعذار ما لم يتفق علي خلاف ذلك".**

﴿ الشـــرح ﴾

● الآثار المترتبة علي إضافة الالتزام إلي الأجل: أولا: الآثار المترتبة قبل حلول الأجل:
أ) إذا كان الالتزام مضـــاف إلي أجل واقف: **إذا أضـــيف الالتزام إلي أجل واقف كما في التزام المشـتري بدفع باقي الثمن بعد سـنة من تاريخ البيع، ترتب علي ذلك أن يكون للدائن (البائع) من قبل حلول هذا الأجل حق مؤكد الوجود ولكنه غير مســتحق الأداء بعد. ويترتب علي اعتبار الحق موجودا: ١-أن يكون للدائن اتخاذ الإجراءات اللازمة للمحافظة علي حقه، فيقيد الرهن ويجدد قيده ويضـع الأختام ويحرر قوائم الجرد ويفرض الحراســة ويتدخل في دعوى قســمة المال أن كان شــائعا ويرفع الدعوى غير المباشـرة ودعوى الصـورية ولكن ليس له رفع الدعوى البوليصـية لما تتطلبه من أن يكون الحق واجب الأداء وليس كذلك الحق المضـاف إلي أجل، وأيضـا له التدخل في الدعاوى التي يرفعها المدين أو التي ترفع عليه ليحول دون التواطؤ. ٢-إذا خشـي الدائن لأسـباب معقولة إفلاس المدين أو إعســاره، أن يطلب بتأمين خاص، فإن لم يقدمه المدين، كان للدائن المطالبة بإسـقاط الأجل وحينئذ يكون للمدين الخيار بين تقديم التأمين أو دفع الدين فورا. ٣-ينتقل الحق إلي الخلف العام بالميراث والوصـية بسـهم شـائع فيه، وللخلف الخاص بكافة أنواع التصـرفات وكذلك بالوصـية بسـهم مفرز (أنور طلبه ص٦٧٦) ٤-يجوز لصـاحب هذا الحق أن يجري الأعمال المادية اللازمة لصيانته من التلف، ولا يجوز لمن عليه الحق أن يقوم بأي عمل من شــأنه أن يمنع اســتعمال الحق عند حلول أجله أو يزيده صعوبة، وذلك كله علي التفصيل الوارد في الحق المشروط. ٥-يجوز لصاحب هذا الحق أن يدخل في التوزيع، بل إذا كان التوزيع نتيجة إفلاس المدين أو إعســاره، فإن الأجل الواقف يسـقط كما ســنري، ويستوفي الدائن حقه باعتبار أنه حال مستحق الأداء. ٦-وإذا هلك الشئ محل الحق المؤجل بسبب أجنبي قبل حلول الأجل، كان الهلاك علي الدائن لا علي المدين، لأن الشـئ قد أصـبح حقا مؤكدا له فيهلك عليه، بخلاف ما رأيناه في الشرط. فإذا هلكت العين المؤجرة في يد المستأجر قبل حلول أجل ردها، أو هلكت الوديعة في يد حافظ الوديعة قبل انقضـــاء أجل الوديعة، كان الهلاك علي الدائن، أي المؤجر أو المودع، أما إذا كان العقد بيعا فقد رأينا أن العين تهلك علي البائع، فإذا حدد أجل لتســـليم العين المبيعة إلي المشتري، وهلكت العين قبل التسليم، فالهلاك علي البائع لا علي المشتري أي علي المدين لا الدائن، وهذا هو حكم العقد إذا كان ناقلا للملكية (الســنهوري ص٨٩)، ويترتب علي أن الحق غير مســتحق الأداء ما يأتي: (١)لا يجوز للدائن أن يجبر المدين علي أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل، فإن هذا الدين لا يقبل التنفيذ الجبري مادام الأجل قائما. ومن ثم إذا رفع الدائن الدعوى يطالب بوفاء الدين قبل حلول الأجل رفضـــت دعواه حتى لو تعهد أنه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل. ورفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها، لأن حق المدعي يجب أن يكون**

مستحقا وقت رفع الدعوى. (٢)ولما كان الدين المؤجل لا يستحق الأداء إلا عند حلول الأجل، فإن التقادم المسقط لا يسري في حقه مادام الأجل قائما، ولا يسري إلا منذ حلول الأجل. (٣)كذلك لا يجوز للدائن إذا كان حقه مؤجلا أن يحبس حقا للمدين عنده، فإن الحبس لا يكون إلا لدين مستحق الأداء، وقد سبق بيان ذلك. (٤)لا يستطيع الدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه ولا أن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية قبل حلول أجل المدين. (٥)ولما كان الدين المؤجل غير نافذ وغير مستحق الأداء، فإن المقاصة القانونية لا تقع بينه وبين دين آخر مستحق الأداء للمدين علي الدائن، لأن المقاصة القانونية لا تكون إلا في دينين مستحقي الأداء، ولأن التنفيذ الجبري ممتنع في الدين المؤجل والمقاصة القانونية ضرب من التنفيذ الجبري (السنهوري ص٩٠). ب) إذا كان الالتزام مضاف إلي أجل فاسخ: يعتبر الالتزام المضاف إلي أجل فاسخ التزاما موجودا ونافذا، فيكون لصاحب الحق المقترن بأجل فاسخ أن يديره وأن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرف الجائزة وتنفذ هذه التصرفات فورا ولكن في حدود حقه المحدود بأجله فالمستأجر يستطيع التصرف في حق الإيجار بالتأجير من الباطن أو بالتنازل عن الإيجار ولكن تصرفه يكون محدودا بحدود الإيجار الأصلي. ولكن الحق المقترن بأجل فاسخ مؤكد الزوال فهو حق مؤقت بطبيعته فتكون تصرفات صاحبة فيه مؤقتة كذلك (السنهوري بندي ٦٧و ٦٨، محمد كمال عبد العزيز ص٩٤٧). ثانيا: الآثار المترتبة بعد حلول الأجل: أ) إذا كان الالتزام مضاف إلي أجل واقف: متى حل الأجل الواقف أصبح الحق نافذا ووجب علي المدين القيام بتنفيذ بعد أن يعذره الدائن، لأن حلول الأجل وحده لا يكفي لأعذار المدين. ويترتب علي أن حق الدائن يصبح نافذا بحلول الأجل عكس النتائج التي رتبناها علي عدم نفاذ الحق قبل حلول الأجل. فيجوز للدائن أن يجبر المدين علي أداء الدين، ويقبل من المدين الوفاء الاختياري فلا يسترد ما دفعه لأنه دفع دينا مستحق الأداء، وتقع المقاصة القانونية بينه وبين دين آخر مقابل له مستحق الأداء، ويجوز للدائن أن يحجز بموجبه تحت يد مدين المدين كما يجوز له توقيع الحجوز التحفظية الأخرى، وله أن يستعمل الدعوى البوليصية، ويسري في حق الدين الذي حل أجله التقادم المسقط، وللدائن أن يحبس به دينا في ذمته للمدين. وليس لحلول الأجل الواقف أثر رجعي كما هو الأمر في تحقق الشرط الواقف فلا يعتبر الحق نافذا من وقت الاتفاق، بل من وقت حلول الأجل. وهذا مستفاد من أن الأجل أمر محقق الوقوع، ويتفق في الوقت ذاته مع نية الطرفين (السنهوري ص١٠٩). ب) إذا كان الالتزام مضاف إلي أجل فاسخ: إذا حل الأجل الفاسخ سواء بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه انقضي الحق المقترن بالأجل من تلقاء نفسه وأن كان يجوز مد الأجل باتفاق الطرفين، ويترتب علي زوال الحق بحلول الأجل زوال جميع التصرفات التي أجراها صاحب الحق كالإيجار من الباطن أو النزول عن الإجارة. ولكن انقضاء الحق بحلول الأجل ليس له أثر رجعي فلا يعتبر الالتزام المقترن بأجل فاسخ منقضيا إلا من تاريخ حلول الأجل (السنهوري بند ٧٨-غانم بند ١٣٨-جمال زكي بند ٤٦٢-محمد كمال عبد العزيز ص٩٤٨).

- النزول عن الأجل: ينقضي الأجل إذا نزل عنه من ضرب هذا الأجل لمصلحته. والغالب أن يكون الأجل لمصلحة المدين، كما في القرض بدون فائدة. وقد يكون الأجل لمصلحة الدائن كما في الوديعة. وقد يكون الأجل لمصلحة الدائن والمدين معا كما في القرض بفائدة فإذا كان الأجل لمصلحة أحد الطرفين فقط، الدائن أو المدين، كان هذا هو الذي يملك النزول عن الأجل وإذا كان الأجل لمصلحة الدائن والمدين معا، فلا يجوز النزول عن الأجل إلا باتفاقهما. فيجوز للمدين في المثل الأول أن يرد القرض قبل حلول الأجل، ويجوز للدائن وهو المودع في المثل الثاني أن يطالب برد الوديعة قبل الميعاد المتفق عليه. وفي المثل الأخير لا يجوز رد القرض قبل حلول الأجل إلا برضاء الطرفين وعند الشك يعتبر الأجل لمصلحة المدين وحده (إسماعيل غانم ص٢٧٨-عبد المنعم الصدة ص٢٢)، وكانت المادة (٣٩٧) من المشروع التمهيدي تنص علي حكم النزول عن الأجل إذ كانت تجري علي أن: ١-يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين، إلا إذا تبين من

العقد أو من في القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن، أو لمصلحة الطرفين معا. ٢-إذ تمحض الأجل لمصلحة الطرفين، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "**١-قد يضرب الأجل لمصلحة المدين وحده (كما هو الشأن في عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال) أو لمصلحة الدائن وحده (كما هي الحال في الوديعة) أو لمصلحة الدائن والمدين معا (كما يقع ذلك في القرض بفائدة) ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده، ومع ذلك فقد يستفاد من العقد (كما يقع ذلك في عارية الاستعمال والقرض بفائدة) أو من نص القانون (كما هو الشأن في حق الانتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة) أو من الظروف (كما هي الحال في ودائع المصارف) أن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معا. ٢-فإذا كان الأجل مضروبا لمصلحة الدائن والمدين معا، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه، بل يشترط لذلك تراضيهما. أما إذا كان الأجل علي نقيض ذلك مضروبا لمصلحة أحد الطرفين فلمن شرط الأجل لمصلحته، دائنا كان أو مدينا، أن ينزا عنه بإرادته المنفردة، وتفريعا علي هذه القواعد، لا تجوز الإقالة من الإجازة قبل انتهاء الأجل إلا بتراضي المؤجر والمستأجر، ويجوز للمستعير في عارية الاستعمال أن يرد الشئ قبل الأجل المحدد ويجوز للمودع أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع. وفي لجنة المراجعة اقترح رئيس اللجنة معالي السنهوري باشا حذفها لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة فوافقت اللجنة علي ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٣٠ هامش ١).**

الفصل الثاني

تعدد محل الالتزام

١- الالتزام التخييري

﴿ المادة ٢٧٥ ﴾

" يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

﴿ التعليق ﴾

هذه المادة تقابل من مواد نصوص القوانين العربية، المادة ٢٧٥ سوري، المادة ٢٦٢ ليبي، المادة ٢٩٨ عراقي، المادة ٥٦ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٣٩٩ من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، غير أن النص في المشروع التمهيدي كان مقسوما إلي فقرتين، فاندمجت الفقرة الثانية في الفقرة الأولي في لجنة المراجعة. وعرض علي لجنة المراجعة اقتراح محكمة مصر من إضافة نص يجعل أثر التخيير يستند إلي وقت الالتزام، فلم تر اللجنة ضرورة لهذا النص لإمكان استخلاص حكمه من المبادئ العامة، وأصبحت المادة رقمها ٢٨٧ في المشروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٣٧وص٣٩).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "**.. ويشترط لإلحاق وصف التخيير بالتزام أن يتعدد ما يرد الالتزام عليه علي نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار. فإذا امتنع الالتزام بأكثر من أمر واحد بسبب عدم توافر الشرائط القانونية فيما عداه، كما إذا كان الأمر الآخر تكليفا غير ممكن أو غير**

مشروع فلا يكون للالتزام من وصف التخيير إلا الظاهر إذ الواقع أن ينعقد بسيطا غير موصوف ويقتصر محله علي ذلك الأمر الذي قامت به صلاحية الالتزام دون غيره".

﴿ الشـــرح ﴾

- المقصود بالالتزام التخييري: الالتزام التخييري هو التزام متعدد المحل ولكن المدين لا يلتزم إلا بأداء واحد فقط من هذه المحال المتعددة. مثال ذلك: إذا التزم شخص لآخر بإعطائه إما أرضا أو سيارة كان الالتزام هنا تخييريا، وكان محل الالتزام هو الأرض أو السيارة بحسب اختيار المدين أو الدائن ولا يكون محل الالتزام الأرض والسيارة معا (السنهوري ص١١٥) وليكون الالتزام تخييريا يقوم به وصف التخيير لابد من توافر ثلاثة شروط هي: الشرط الأول: أن يتعدد محل الالتزام فيكون له محلان أو أكثر ويتم تعيين واحد منها بعد التعاقد ليصبح هو محل الالتزام، ولذلك فإن هذا المحل لا يكون معينا عند التعاقد إنما يتم التعيين عند تنفيذ العقد، ومن ثم يكفي أن يكون المحل قابلا للتعيين فلا يشترط أن يكون معينا تعيينا تاما عند التعاقد، فقد يتفق البائع علي أن يسلم المشتري سيارة من بين ثلاث سيارات، أو قطعة أرض من بين خمس قطع أو حجرة مكتب من بين حجرتين وهكذا. ومتى تم التعيين تحدد محل الالتزام وانحصر الوفاء فيه فلا تبرأ ذمة المدين إذا عرض الوفاء بمحل آخر حتى لو كان التعيين له (أنور طلبه ص٦) الشرط الثاني: أن يتوافر في كل محل من محال الالتزام التخييري الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بصفة عامة وهي: الوجود أو الإمكان والتعيين والمشروعية. فإذا لم تتوافر هذه الشروط إلا في محل واحد، فلا يكون الالتزام تخييريا بل بسيطا ذا محل واحد. والعبرة، في معرفة ما إذا كانت الشروط الواجبة متوافرة في الأداءات المتعددة للالتزام التخييري تكون بوقت نشوء هذا الالتزام. فإن توافرت الشروط في هذا الوقت، كان الالتزام تخييريا، حتى أصبحت الأداءات بعد ذلك لا تصلح كلها أو بعضها محلا للالتزام. وعلي النقيض من ذلك، إذا لم تتوافر الشروط إلا في أداء منها، كان الالتزام بسيطا منذ البداية ومحله هذا الأداء الذي توافرت فيه الشروط، ولا ينقلب تخييريا حتى لو أصبحت الأداءات الأخرى بعد ذلك متوافرا فيه الشروط الواجبة (السنهوري ص١٢٠) الشرط الثالث: أن يكون أحد هذه المحال وحده واجبا أداؤه، بحيث تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها (محمود جمال الدين زكي ص١٢٥–محمد لبيب شنب ص٣٣٠) ويستتبع ذلك أن المحال المتعددة للالتزام التخييري تكون في الكثرة الغالبة من الأحوال متعادلة في قيمتها، مادام أن تنفيذ أي محل منها يغني عن تنفيذ المحال الآخر. غير أن هذا ليس بضروري، فقد تتفاوت قيم المحال إذا تفاوتت شروط أدائها. مثل ذلك أن يلتزم شخص نحو آخر بأن يبيع له الدار بألفين أو الأرض بألف، فتكون قيمة الأرض نصف قيمة الدار. وقد يعد شخص آخر بإقراضه ألفا بفوائد سعرها ٥٪ أو خمسمائة بفوائد سعرها ٦٪ بل قد لا تتفاوت شروط الأداء ومع ذلك تكون القيم متفاوتة، فقد يكون المبلغ الموعود بإقراضه هو ألف أو ألفان علي حسب اختيار المدين ويكون سعر الفائدة في الحالتين ٥٪ (السنهوري ص١٢١).

وقد قضت محكمة النقض بأنه "متى كان الواقع في الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائي قد ورد علي حصة مفرزة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقاري حائلا دون تسجيل العقد علي هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما في العقد النهائي دون المساس بجوهرة بأن جعلا البيع منصبا علي الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعي ومقدارها ٣٠ فدانا والتي لا تجادل المساحة في جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا علي القدر المفرز الوارد في العقد الابتدائي وحرصا علي النص علي سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين في كلتا الحالتين، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق في العقد النهائي أن البيع شمل "محلين" الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوي علي أساس المحل الذي يصح به العقد، وكانت مصلحة الشهر العقاري قد نقلت أولا ملكية

القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة في العقد علي ثمن هذا القدر وحده ثم تبين بعد ذلك أن المحل قد استقام أمره وهو ال٣٦ المحددة ببيع المشتري له دون اعتراض من الشهر العقاري. فإنه يكون للبائع الحق في الرجوع علي المشترين بثمن الفرق علي أساس الوحدة المتفق عليه ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف في تفسيره الثابت بالأوراق" (نقض ١٩٥٥/٥/١٢ ج١ في ٢٥ سنة ص٢٧٤)، وبأنه "مؤدي ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أن المشرع ألقي علي عاتق المالك المرخص له بهدم مبناه لإعادة بنائه بشكل أوسع بالتزام تخييري قبل كل من مستأجري وحدات هذا المبني، وهو أن يوفر له مكان مناسب بأجر مماثل لأجر الوحدة التي كان يستأجرها بالمبني المرخص بهدمه وإما بتعويضه تعويضا نقديا علي الوجه المبين بالنص، وجعل الخيار في ذلك للمالك باعتباره المدين بهذا الالتزام التخييري" (الطعن رقم ٢٠١٣ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩١/١١/٢٠).

- مصدر الخيار: قد يكون مصدر الالتزام التخييري هو العقد أو القانون. فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا علي أن يلتزم المدين بعدة أشياء أو أداءات علي أن تبرأ ذمته بالوفاء بواحد من هذه الأشياء أو الأداءات فقط. فيكون الالتزام التخييري ناشئا في هذه الحالة عن العقد. وقد ينص القانون علي التزام المدين بعدة أشياء، ويكتفي منه بالوفاء بواحد منها فقط لكحي تبرأ ذمته، فيكون الالتزام التخييري ناشئا في هذه الحالة عن القانون. ومثال ذلك ما يأتي: ١-ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدني من سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلي حد كبير ما أعطي الدائن من تأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بموجب القانون هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين أما إذا كان أضعاف التأمين يرجع إلي سبب لا إرادة للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا. ٢-ما تنص عليه المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أنه يجوز للمالك المبني المؤجرة كل وحداته لغير أغراض السكن أن يثبته علي المستأجر بإعلان علي يد محضر بإخلاء المبني بقصد إعادة بنائه وزيادة مسطحاته وعدد وحداته وفقا للشروط والأوضاع الآتية........ (د) أن يقوم المالك بتوفير وحدة مناسبة بأجر مماثل ليمارس المستأجر نشاطه فيها وإلا التزام بتعويضه بمبلغ مساو للفرق بين القيمة الإيجارية للوحدة التي يشغلها والقيمة الإيجارية للوحدة التي يتعاقد علي ممارسة نشاطه فيها لمدة خمس سنوات أو للمدة التي تنقضي إلي أن يعود إلي المكان بعد بنائه بذات القيمة الإيجارية الأولي أو يدفع مبلغا مساويا للقيمة الإيجارية للوحدة التي يشغلها خالية عن مدة عشر سنوات بحد أدني قدره ألفا جنيه أيهما أكبر فهذا الالتزام تخييري، الخيار فيه للمالك.

وقد قضت محكمة النقض بأنه "التزام المالك المرخص له بهدم مبناه لإعادة بنائه بشكل أوسع بتوفير مكان مناسب للمستأجر بأجر مماثل أو بتعويضه نقدا التزام تخييري للمالك. م٤٩/٦ق ٤٩ لسنة ١٩٩٧" (الطعن رقم ٢٢٦٥ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/١٨).

٣-ما ينص عليه الفقرتين الأولي والثانية من المادة ١٠٤٨ مدني من أنه "١-إذا تسبب الراهن بخطئه في الهلاك العقار المرهون أو تلقه، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضي تأمينا كافيا أو أن يستوفي حقه فورا. ٢-فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبي ولم يضل الدائن بقاء الدين بلا تأمين كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفي الدين فورا قبل حلول الأجل" (السنهوري ص١٣٢).

- من له خيار التعيين: الأصل في الالتزام التخييري أن يكون تعيين محل الوفاء للمدين، ومفاد ذلك، أن للمدين الوفاء بما يحدده من محال هذا الالتزام ويكون هذا الوفاء مبرئا لذمته، وله أن يلجأ في ذلك إلي العرض والإيداع. ولا يكون للدائن الاعتراض علي هذا التحديد إلا إذا أثبت وجود اتفاق بينه وبين المدين يجعل تعيين المحل له دون المدين، أو كان هناك نص في القانون يعطيه هذا

الحق كنص المادة ١٠٤٨ مدني، وقد يكون الاتفاق علي من له الحق في التعيين صريحا أو ضمنيا كما لو اتفق صاحب معرض سيارات علي أن يبيع للمشتري إحدى سيارتين، فإن ذلك يتضمن جعل الخيار للدائن وهو المشتري، وإذا تفاوتت القيمة بين محال الالتزام، تعذر تحديد قيمة الدعوى إلا بعد تعيين المحل ممن له الحق في ذلك. فإن كان الخيار للدائن، فقد يفصح عن إرادته صراحة أو ضمنا، فإذا طلب من المدين تسليمه المنقول الذي وقع اختياره عليه. أصبح هذا المنقول هو محل التزام المدين، فلا تبرأ ذمته إلا بالوفاء به بالذات، فإن امتنع، جاز إجباره علي ذلك، ويكون الرجوع عليه عن طريق استصدار أمر بالأداء عملا بالمادة ٢٠١ من قانون المرافعات بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ التي أوجبت سلوك هذا الطريق إذا كان محل الالتزام منقولا معينا بذاته أو بنوعه أو مقداره (أنور طلبه ص٧) ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق الطرفان علي أن يكون الخيار الأجنبي، ويكون الأجنبي في هذه الحالة إما خبير فنيا يستشيره أحد الطرفين فيكون الخيار في الحقيقة لهذا الطرف يستعمله بعد استشارة الخبير، أو يكون الأجنبي غير منتم لأحد من الطرفين فيقرب من أن يكون حكما بينهما يتفقان عليه عندما لا يستطيعان الاتفاق علي أن يكون الخيار لأحد منهما. ويساعد علي تقرير هذا الحكم أن نص التقنين المدني المصري لا يقول-كما تقول المادة ١١٩٠ من التقنين المدني الفرنسي-إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان علي أن يكون الخيار للدائن، بل تقول إن الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان علي غير ذلك (السنهوري ص١٢٥).

﴿ المادة ٢٧٦ ﴾

" إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولي القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام.

أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم. عين القاضي أجلا أن طلب المدين ذلك، فإذا انقضي الأجل انتقل الخيار إلي المدين".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٧٦ ســـوري، المادة ٢٦٣ ليبي، المادة ٢٩٩ عراقي، المادة ٦٤ لبناني.

وقد ورد هذا النص في المادة ٤٠٠ من المشـــروع التمهيدي علي الوجه الآتي: "إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، جاز للدائن أن يطلب من القاضـي تحديد أجل للمدين يختار فيه، حتى إذا لم يفعل تولي القاضـــي بنفســـه تعيين محل الالتزام. ٢-أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، حدد القاضـي له أجلا إن طلب المدين ذلك، فإذا انقضـي الأجل انتقل الخيار إلي المدين". وفي لجنة المراجعة عدلت المادة، بناء علي طلب محكمة مصر، للنص علي حالة تعدد المدينين أو تعدد الدائنين ولم يتفقوا علي الاختيار، وأصبح النص بعد التعديل مطابقا لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، وأصـــبحن المادة رقمها ٢٨٨ في المشـــروع النهائي. ووافق مجلس النواب علي المادة دون تعديل، وكذلك مجالس الشيوخ تحت رقم ٢٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٠ وص٤٢).

وجاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه "١-يتناول هذا النص كلما امتناع من تعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه ضرب له القاضي أجلا يختار فيه. وللقاضـي أن يتعين في الحكم نفســه ما يلزم المدين بالوفاء به من تبين ما يرد التخيير عليه فيما لو امتنع المدين عن الاختيار في هذا الأجل. وقد يعترض علي ذلك بأن القاضـي في هذا الوضـع يخرج عن حدود المألوف في وظيفته ويقيم نفســـه مقام المدين في تنفيذ التزامه بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة فقد تقدم أن القاضـي يتدخل في تنفيذ العقود بل وفي تكوين بعضـــها إذا اقتضـت ذلك ضـرورة قاهرة أو ملحة، والحق أن تدخل القاضـي في هذه الحالة بخصـوصـها حتم لا محيص عنه، فليس في الوسـع خلع حق الخيار عن المدين وإسـناده إلي الدائن لأن ذلك يقضـي إلي تحكم الثاني في الأول" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٤١).

《 الشـــرح 》

- الامتناع عن الخيار: قد يمتنع صـاحب الخيار عن الاختيار، وفي هذه الحالة يجب أن نميز بين ما إذا كان الخيار للمدين وبين ما إذا كان الخيار للدائن. (١)إذا كان الخيار للمدين: إذا كان الخيار للمدين، فإن عين المدين الشئ الذي يريد الوفاء به وسلمه إلي الدائن برئت ذمته من الدين. وإن عينه ولم يسلمه انقضت صفة الالتزام التخييرية وصار بسيطا بانحصار محله في أمر واحد. أما إذا امتنع المدين عن الاختيار، أو إذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن أن يطلب من القضـاء تعيين أجل يجب فيه اسـتعمال حق الخيار أو يتفق فيه المدينون علي الاختيار، فإذا لم يتم ذلك تولي القضـاء نفسـه تعيين محل الالتزام. وإذا مات المدين انتقل حق الاختيار لورثته وتعين عليهم-كما في حالة تعدد المدينين-أن يتفقوا جميعا علي الاختيار إذ أن الخيار غير قابل للتجزئة وإلا تولي القاضـــي تعيين محل الالتزام مســـترشـــدا بإرادة الطرفين وظروف التعاقد والملابســـات الأخرى.

وقد قضــت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٢/٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسـنة ١٩٨١ بشـأن بعض الأحكام الخاصـة بتأجير الأماكن-يدل علي أن المشـرع أنشـأ في ذمة مسـتأجر الوحدة السـكنية الذي أقام مبني مملوكا له تزيد وحداته السـكنية الصـالحة للانتفاع عن ثلاث وحدات التزاما تخييريا بين محلين أحدهما إخلاء العين المؤجرة له والثاني هو توفير مكان ملائم لمالك هذه العين أو لأحد أقاربه حتى الدرجة الثانية في المبني الذي أقامه مطلقا للمســـتأجر الحق في اختيار أحد هذين

المحلين ولا تبرأ ذمته براءة تامة إلا إذا أختار أحد المحلين للمالك المؤجر له فإذا امتنع عن أعمال حقه في الخيار تولي القاضـــي تعين محل الالتزام وفقا لنص المادة ١/٢٧٦ من القانون المدني، وإن أسـقط حقه فبادر بتأجير وحدات هذا المبني أو باعها للغير أو تصـرف فيها بأي وجه من التصـرفات انقلب هذا الالتزام التخييري إلي التزام بسـيط له محل واحد هو إخلاء العين المؤجرة فلا يبقي سـوى القضاء بإخلائه منها" (الطعن رقم ٤٨٧٠ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٦)، وبأنه "إقامة المستأجر مبني مكونا من أكثر من ثلاث وحدات سكنية أثره. تخييره بين ترك الوحدة السكنية التي يستأجرها أو توفير مكان للمالك أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية. م٢/٢٢ق ١٣٦ لسـنة ١٩٨١. عدم استعماله هذا الحق أو إسـقاطه.مؤداه. وجوب إخلائه من العين المؤجرة. لازمة انفسـاخ عقد الإيجار بقوة القانون من وقت وقوع المخالفة دون إبداء هذه الرغبة من المالك علة ذلك" (الطعن رقم ٥٦ لســـنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢). وبأنه "إقامة المستأجر مبني مملوكا له مكون من أكثر من ثلاث وحدات سكنية في تاريخ لاحق لاســتئجاره. تخييره بين إخلاء العين المؤجرة له أو توفير مكان ملائم لمالكه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية بالمبني الذي أقامه م٢/٢٢ق ١٣٦ لسـنة ١٩٨١. إسـقاط حقه في التخيير بتأجيره وحدات المبني أو بيعها للغير. وجوب إخلائه للعين المؤجرة له. علة ذلك" (الطعن رقم ٢٩٨٤ لسنة ٥٨ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١١).

(٢) إذا كان الخيار للدائن: إذا كان الخيار للدائن وجب إعلان إرادته أو التنفيذ بقبض المحل فإذا لم يفعل لجأ المدين إلي التقاضـي لتحديد أجل للاختيار فإذا انقضـي دون اختيار انتقل الخيار من الدائن إلي المدين ويلاحظ أن الخيار إذا كان لأجنبي طبقت في حقه الأحكام المتقدمة لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار تولي القاضي الاختيار بنفسه تطبيقا للقواعد العامة ولا ينتقل الخيار إلي المدين لأن انتقال الخيار إلي من ليس له حق الخيار يقتضي نصا خاصا فإن لم يوجد النص وجب أن يتولي القضاء الاختيار (السنهوري ص١٣٤).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "... أما إذا كان الخيار، علي نقيض ذلك، موكولا إلي الدائن وامتنع عن مباشـرة هذا الحق، حتى في الأجل الذي حدده القاضـي له، فليس ثمة ما يحول دون إسناد الخيار إلي المدين. ٢-هذا وقد يتعدد من يعهد إليهم بالخيار، كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن، وفي هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك، أو هؤلاء جميعا علي الخيار وإلا تولاه القاضـــي. وقد اســتظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشـــروع الفرنسي الإيطالي هذا الحكم فنصت على أنه " إذا كان الخيار لأشخاص متعددين فللقاضي أن يضرب لهم أجلا للاتفاق وإعلان اختيارهم، فإن لم يعلنوا ذلك في خلال الأجل المحدد، تولي القاضـــي الاختيار". ولم ير محل لإيراد نص مماثل في المشروع، إذ من الميسور استخلاص مضمونه من القواعد العامة" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٣٨ وما بعدها) وإذا توفي الدائن انتقل الخيار لورثته وتعين عليهم-كما في حالة تعدد الدائنين-الاتفاق علي الاختيار ومتى تعين المحل اســتند هذا التعيين بأثر رجعي إلي وقت نشـــوء الالتزام فإذا كان المحل منقولا معينا بالذات تنتقل ملكيته منذ نشـــوء الالتزام ويستطيع الدائن أن يسترده من تفليسة مدينه التي شهرت بعد نشوئه (أنور طلبه ص٨).

﴿ المـــادة ٢٧٧ ﴾

" إذا كان الخيار للمدين، ثم استحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، وكان المدين مسـئولا عن هذه الاسـتحالة ولو فيما يتعلق بواحدة من هذه الأشياء، كان ملزما بأن يقع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه ".

《 التعليـــق 》

هذه المادة تقابل من مواد نصـــوص القوانين العربية، المادة ٢٧٧ ســـوري، المادة ٢٦٤ ليبي، المادة ٣٠١ عراقي.

وقد ورد هذا النص في المادة ٤٠١ من المشروع التمهيدي علي وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد، فيما عدا خلافا لفظيا طفيفا. وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظيا فتمت المطابقة، وأصـــبحت المادة رقمها ٢٨٩ في المشـــروع النهائي. ووافق عليها مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم ٢٧٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص٤٣وص٤٦).

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه "حالة إثبات حق الخيار للمدين (أ) إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلي سـبب أجنبي انقضـي الالتزام وفقا للقواعد العامة متى سـلمت هذه الاسـتحالة جميع الأمور التي يرد التخيير عليها، أما إذا اقتصرت الاستحالة علي أحد محلي التخيير فيسقط خيار المدين ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر وليس ثمة معدي عن إمضاء هذا الحكم، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء. (ب) وإذا كان اسـتحالة التنفيذ ترجع إلي خطأ الدائن وكانت تتناول جميع الأمور التي يرد التخيير عليها فللمدين وهو صـــاحب حق الخيار أن يعين الأمر أو التكليف الذي يعتبر أن ذمته قد برئت من أدائه بسبب الهلاك الحادث من جزاء هذا الخطأ وإن اقتصرت الاستحالة علي أحد محلي التخيير، فللمدين وقد ثبت له خيار التعيين، أن يختار الوفاء بالآخر. وفي هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما اســـتحال الوفاء به من جراء خطئه. (ج) أما إذا كانت الاســـتحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين، وكانت شـاملة لجميع الأمور التي يرد التخيير عليها—وهذا هو الفرض الذي عني المشـروع بالنص علي حكمه—فقد يتبادر إلي الذهن أن المدين، بوصـفه المتصـرف في الخيار، يسـتطيع أن يبرئ ذمته بأداء قيمة ما يختاره، ولاسـيما أن هذا هو حكم تحقق اسـتحالة جميع الأمور التي يرد عليها التخيير في آن واحد. ولكن ينبغي التفريق في هذا الصـدد بين فروض عدة: فإذا اسـتحال الوفاء بأحد محلي التخيير، قبل تحقق الاســتحالة في الآخر، وجب أن يسـتبعد الأول من نطاق التخيير، ويسـتوي هذا المقام أن تكون الاســتحالة راجعة إلي خطأ المدين، أم إلي حادث فجائي. ذلك بأن المدين لا يســوغ له أن يفيد من خطئه في الحالة الأولي، وهو ملزم بتحمل التبعة، وفي الحالة الثانية. ولهذه العلة يتعين عليه أداء قيمة ما طرأت عليه اسـتحالة التنفيذ أخيرا. أما إذا اقتصـرت الاسـتحالة علي أحد محلي التخيير دون الأخر، وكانت راجعة إلي خطأ المدين، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وحسب الإمكان، حتى لا يفيد من خطئه.

《 الشـــرح 》

- اســـتحالة التنفيذ إذا كان الخيار للمدين: إذا كان الاختيار للمدين، واســـتحال تنفيذ كل من الأشياء المتعددة التي اشتمل عليها محل الالتزام، التي يرد عليها التخيير. وكانت الاستحالة بسبب خطأ من جانب المدين، فإن المدين يكون ملزما بدفع قيمة آخر شئ اسـتحال تنفيذه ويسـتوي في ذلك أن يكون خطأ المدين هو سـبب الاسـتحالة في واحد من هذه الأشـياء فقط أو فيها جميعا. وإذا اقتصـرت الاستحالة علي احد الشـيئين، فيسـقط خيار المدين ويلتزم بتسـليم الشـئ الآخر. وكذلك يكون الحكم إذا كانت الاسـتحالة راجعة إلي سـبب أجنبي فإذا كانت الاسـتحالة ترجع إلي خطأ الدائن، وهو ما يحول دون المدين وإعمال اختياره، بالنسـبة لجميع الأشـياء لورود الاسـتحالة عليها جميعا، فللمدين أن يعين الأداء الذي يبرئ ذمته باختياره الشـئ الذي هلك، وحينئذ يعتبر أنه وفي به، ثم يعود علي الدائن بقيمة باقي الأشياء التي تسبب في هلاكها، فإن اقتصـرت الاسـتحالة

علي أحد الشـــيئين، فللمدين أن يختار الوفاء بالأخر، ثم يرجع علي الدائن بقيمة الشـــئ الهالك بخطئه (أنور طلبه ص٩).

- استـحالة التنفيذ إذا كان الخيار للدائن: إذا كان الخيار للدائن، وهو صـاحب الحق في تسـلم الشئ الذي يقع عليه اختياره، واسـتحال التنفيذ بالنسـبة لجميع الأشـياء محل التخيير، وكان ذلك بسبب أجنبي، انقضـي الالتزام عملا بالمادة ٣٧٣ من القانون المدني. أما إذا اقتصـرت الاسـتحالة علي أحد الشـيئين، فليس للدائن إلا اختيار الوفاء بالآخر إذ انقضـي التزام المدين بالنسـبة للشـئ الذي استحال تنفيذه بالسبب الأجنبي فلم يعد أمام الدائن إلا الشئ الوارد عليه الإمكان (أنور طلبه ص١٠) وإذا كانت الاستحالة راجعة إلي خطأ الدائن وشملت جميع الأشياء التي يرد التخيير عليها كان الدائن مســـئولا عن هلاك الشـــئ الذي لا يقع عليه اختياره وتعين عليه أداء قيمته وتبرأ ذمة المدين أما إذا اقتصـرت الاستحالة علي أحد محلي التخيير فللدائن وهو صـاحب الخيار أن يختاره فإن اختار الشئ الذي هلك بخطأه فقد برئت ذمة المدين بهلاكه، وأن اختار الشئ الآخر، فعليه أن يدفع قيمة الشـئ الهالك للمدين. أما إذا كانت الاسـتحالة راجعة إلي خطأ المدين، وشـملت كل الأشياء، فللدائن أن يرجع علي المدين بقيمة الشئ الذي يقع عليه اختياره، فإن اقتصرت الاستحالة علي أحد الشيئين، فللدائن أن يطالب بالشئ الآخر أو يطالب بقيمة الشئ الذي تحققت بالنسبة له الاستحالة (أنور طلبه ص١٠).

وقد جاء بمذكرة المشـــروع التمهيدي أنه "حالة إثبات حق الخيار للدائن: (أ) وإن كان التخيير للدائن، واســتحال تنفيذ جميع ما يرد التخيير عليه، من جراء ســبب أجنبي، انقضـــي الالتزام للقواعد العامة، كما هو الشـأن عند تخويل المدين خيار التعيين. أما إذا اقتصـرت الاسـتحالة علي أحد محلي التخيير، فليس للدائن إلا أن يختار الوفاء بالآخر مادام هذا الوفاء ممكنا. وليس شـــك في أن إمضاء هذا الحكم حتم تقتضيه طبيعة الأشياء، كما هي الحال عندما يتعهد للمدين بالخيار. (ب) وإذا نشـأت اسـتحالة التنفيذ عن خطأ الدائن، وتناولت الأمور التي يرد التخيير عليها، أصـبح هذا الدائن مسئولا عن هلاك الشئ الذي لا يقع اختياره عليه، وتعين عليه أداء قيمته، باعتبار أن هلاك ما يقع عليه هذا الخيار يسـتتبع براءة ذمة المدين، أما إذا اقتصـرت الاسـتحالة علي أحد محلي التخيير، فللدائن– وهو صـاحب الخيار–أن يختاره، ويكون بذلك قد اسـتوفي حقه. وله كذلك أن يختار اسـتيفاء ما بقي الوفاء به ممكنا، علي أن يؤدي في هذه الحالة قيمة ما اســتحال الوفاء به من جراء خطئه. (ج) وإذا كانت اسـتحالة التنفيذ ناشـئة عن خطأ المدين، وكانت شـاملة لجميع الأمور التي يرد التخيير عليها، فللدائن–وهو المتصـــرف في الخيار–أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره. فإن اقتصـــرت الاســـتحالة علي أحد محلي التخيير، فللدائن أن يطالب بالوفاء بالآخر، مادام هذا الوفاء ممكنا، أو أن يطالب بقيمة الأول، وهو الذي أصـــبح تنفيذه مســـتحيلا من جراء خطأ المدين" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٣ ص٤٥).

- اتفاق الدائن والمدين علي تحديد ميعاد للاختيار: إذا اتفق الطرفان علي تحديد ميعاد للاختيار، وجب علي من له الحق في الاختيار، أن يعلن الطرف الآخر باختياره خلاله، فإن انقضـــي الميعاد دون إعلان الاختيار، خضـــع الطرفان لقواعد تبعة الهلاك ســـالفة البيان، ما لم يقم الطرف الذي ليس له الحق الاختيار بأعذار من له حق الاختيار بتحديد المحل الذي يقع عليه اختياره، وحينئذ إذا هلك الشئ الذي حدده بسبب أجنبي، تحمل تبعة استحالة تنفيذ اختياره وانتقل حقه إلي المحل الآخر، فإذا هلكت كل الأشياء محل الاختيار بسبب أجنبي، انفسخ العقد، ولا يرجع المعذر بتعويض علي الملتزم بالتسليم (أنور طلبه ص١٠).

(الفهــــرس)

الموضــــــوع

الفصل الـرابع

الإثـــراء بلا سبــــب

﴿ المـــــادة ١٧٩ ﴾

طبيعة دعوى الإثراء :
عدم تقيد التعويض عن الإثراء بالقيمة الإيجارية :
ولا يجوز تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب إذا كان هناك علاقة تعاقدية بين الأطراف:
و في حالة فسخ العقد أو بطلانه يجوز التمسك بقاعدة الإثراء بلا سبب :
والفائدة القانونية التي تستحق عن التعويض في دعوى الإثراء بلا سبب تحسب من وقت صدور الحكم النهائي :
عدم التزام القاضـــي في تقدير التعويض بحكم المادة ٣٣ من قانون الإصلاح الزراعي قبل العمل بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ :
ومن حالات الإثراء بلا سبب نقل عبء ضريبة التصرفات العقارية على غير الملتزم بها :

﴿المـــادة ١٨٠﴾

التعليـــق
الشـــرح
مدة تقادم دعوى المطالبة برد الإثراء :
والتقادم المنصوص عليه في هذه المادة لا يتعلق بالنظام العام :

(١) دفـع غيـر المستحـق

﴿ المـــادة ١٨١ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
المقصود برد غير المستحق :
شروط رد غير المستحق:
ولا يجوز تطبيق قاعدة استرداد ما دفع بغير وجه حق إذا كان هناك عقد :
ولا يجوز أيضـــا تطبيق قاعدة اســترداد ما دفع بغير وجه حق إذا نص القانون على غير ذلك :
وإذا كان الموفى ناقص الأهلية فله الحق في أن يطعن في صحة الوفاء :
وإذا كان الموفى قد أكره على الوفاء فله الحق في أن يطعن على الوفاء على أساس الإكراه :
ويعد إكراهاً الوفاء تحت تأثير الحجز :
ولا يعتبر إكراها مجرد إقامة الدعوى أو الإبلاغ عن واقعة :
وتنفيذ حكم صادر بالنفقة على المحكوم عليه هو عمل مشروع قانوناً فإن الوفاء تنفيذاً له لا يتضمن إكراهاً عن هذا الوفاء :
موضـــوع دعوى اســترداد ما دفع بغير حق قابل للتجزئة والحكم الذي يصدر فيها قابل للتجزئة :

﴿ المـــادة ١٨٢ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام زال سببه بعد أن تحقق :
وعلى ذلك يجوز للدائن اســترداد ما دفع بغير وجه حق من رســوم وضرائب غير مستحقة:
وكذلك يجوز أيضاً للدائن استرداد الفوائد التي تجاوز الحد الأقصى :
وفي حالة القضاء بإلغاء حكم بانتهاء أثره الوقتي بوقف تنفيذ قرار الفصل وأداء التعويض المؤقت للعامل يكون من حق رب العمل استرداد ما سبق أن قبضه العامل من تعويض مؤقت :

وكذلك يجوز للزوج استرداد ما أخذته زوجته من نفقة بدون وجه حق :
وكذلك يجوز لرب العمل المطالبة بالمبلغ الزائد في مكافأة نهاية الخدمة :

﴿ المـــادة ١٨٣ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

﴿ المـــادة ١٨٤ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

إذا كان المدفوع له حسن النية :
المدفوع نقود أو أشياء مثلية :
المدفوع عين معينة بالذات :
هلاك أو تلف العين أو خروجها من يد الموفى له :
وإذا كان المدفوع له سيء النية :
القاعدة العامة في شأن الموفى له سيء النية :
المدفوع نقود أو أشياء مثلية :
المدفوع عين معية بالذات :
هلاك أو تلف العين أو خروجها من يد الموفى له :

﴿ المـــادة ١٨٥ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

إذا كان المدفوع له حسن النية :
إذا كان المدفوع له سيء النية :

﴿ المـــادة ١٨٦ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

التزام ناقص الأهلية برد غير المستحق :

﴿ المـــادة ١٨٧ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

سقوط دعوى استرداد غير المستحق :
استرداد الغرامة الجنائية :
ولا يسري النص إلا حيث يكون السند القانوني للاسترداد هو استرداد ما دفع بغير حق
استرداد الهبة لتحقق الشرط الفاسخ :
المبالغ غير المستحقة لهيئة التأمينات :
ودعوى الفسخ وكذلك دعوى ا سترداد ما دفع وفاء لعقد الفسخ يخضعان للتقادم الطويل:
دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة وكذلك دعوى استرداد ما دفع وفاء لعقد الفسخ :

(٢) الفضـــالة

﴿ المـــادة ١٨٨ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

المقصود بالفضالة :
أركان الفضالة :

يجب التمسك بأحكام الفضالة :
وإذا كان هناك عقد بين الطرفين فلا يجوز أعمال أحكام الفضالة :
ولا يجوز إعمال أحكام الفضالة أيضاً في إجراءات التقاضي :
ولا يجوز التمسك بأحكام الفضالة لأول مرة أمام محكمة الموضوع :

﴿ المـــادة ١٨٩ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب رب العمل :
قصد الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل :
القصد هو مناط التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب :

﴿ المـــادة ١٩٠ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
إقرار رب العمل عمل الفضولي :

﴿ المـــادة ١٩١ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
التزام الفضولي بالمضى في العمل :
التزام الفضولي بإخطار رب العمل :

﴿ المـــادة ١٩٢ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
التزام الفضولي ببذل عناية الرجل العادي :

﴿ المـــادة 193 ﴾

التعليـــق
الشـــرح
إلزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل :

﴿ المـــادة ١٩٤ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي :

﴿ المـــادة ١٩٥ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
التزامات رب العمل أربعة :

﴿ المـــادة ١٩٦ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
أهلية الفضولي :
أهلية رب العمل :
أثر موت الفضولي أو موت رب العمل على التزامات رب العمل :

﴿ المـــادة ١٩٧ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
سقوط التزامات الفضولي بالتقادم :

الفصـــل الخامـس

﴿ المـــادة ١٩٨ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
القانون مصدر لجميع الالتزامات :
تطبيقات الالتزامات القانونية :
وفي مجال القوانين المالية :
وفي نطاق الأسرة نجد الالتزام بالنفقة :
آثـــار الالتـــزام
﴿ المـــادة ١٩٩ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
التنفيذ الجبري :
الالتزام الطبيعي والالتزام المدني :
﴿ المـــادة ٢٠٠ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
اختصـــاص القاضـــي بتقدير وجود الالتزام الطبيعي في حالة عدم وجود نص:
عناصر الالتزام الطبيعي :
﴿ المـــادة ٢٠١ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الوفاء بالالتزام الطبيعي :
إثبات الوفاء :
﴿ المـــادة ٢٠٢ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني :
﴿ المـــادة ٢٠٣ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
التنفيذ العيني :
التنفيذ العيني والتنفيذ الجبري :
شروط التنفيذ العيني :
جواز الجمع بين طلب التنفيذ العيني وطلب التنفيذ بطريق التعويض :
استحقاق التعويض من تاريخ الحكم النهائي :
﴿المـــادة ٢٠٤ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني :
الالتزام بنقل ملكية العقار :
الالتزام بنقل ملكية المنقول :
﴿المـــادة ٢٠٥ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام بنقل حق عيني على شيء معين بنوعه :

المطالبة بالمنقول العيني بذاته أو بنوعه بطريق أمر الأداء :
﴿ الـمـــادة ٢٠٦ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام التبعي بتسليم الشيء والمحافظة عليه :
﴿ الـمـــادة ٢٠٧ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
تبعة هلاك الشيء قبل التسليم :
تبعة هلاك أو ضياع الشيء المسروق :
إثبات التسليم :
﴿الـمـــادة ٢٠٨ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام بتنفيذ عمل معين :
﴿ الـمـــادة ٢٠٩ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الترخيص من القضاء في تنفيذ التزام المدين على نفقته :
﴿ الـمـــادة ٢١٠ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
قيام حكم القاضي مقام التنفيذ العيني :
﴿الـمـــادة ٢١١ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام ببذل عناية :
﴿ الـمـــادة ٢١٢ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام بالامتناع عن عمل :
الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل :
﴿ الـمـــادة ٢١٣ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
تطلب التنفيذ لتدخل شخص من المدين :
المقصود بالغرامة التهديدية :
طبيعة الغرامة النهديدية :
شروط الحكم بالغرامة التهديدية :
سلطة القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية :
خصائص الحكم بالغرامة التهديدية :
﴿الـمـــادة ٢١٤ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
تقدير الغرامة التهديدية :
الفصل الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

﴿المـــادة ٢١٥ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

التنفيذ بطريق التعويض عند استحالة التنفيذ العيني :
كل التزام أيا كان مصدره يجوز تنفيذه بطريق التعويض :
اشتراط حصول ضرر :
نوعا التعويض :
المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية :
المسئولية العقدية :
أولاً الخطأ العقدي :
الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية :
الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية :
إثبات الخطأ العقدي :
سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الخطأ العقدي وتكييفه:
ثانياً الضرر :
ثالثاً رابطة السببية :
إثبات علاقة السببية :
السبب الأجنبي الذي تنتفي معه المسئولية الناشئة عن عدم التنفيذ :

﴿ المـــادة ٢١٦ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

تقدير التعويض :
أولاً التعويض القضائي :
يجوز للقاضي عدم الحكم بالتعويض إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ الدائن :
يجوز للقاضي نقص مقدار التعويض في حالة الخطأ المشترك :
الخطأ المستغرق :
صرف قيمة شيك مذيل بتوقيع مزور لا تبرأ ذمة البنك المسحوب عليه وتعتبر مسئولية البنك عن صرف هذا الشيك المزور خطأ مشترك :

﴿ المـــادة ٢١٧ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

جواز الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث الفجائي :
الاتفاق على تحديد مسئولية المدين لا يكون إلا بإنفاقه مع الدائن فلا يحاج الدائن باتفاق المدين مع الغير على تحمل الغير هذه المسئولية :
جواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطأه الجسيم :
المقصود بالغش والخطأ الجسيم الذي يبطل الاتفاق على إعفاء المدين من تبعتهما :
التمييز بين الاتفاق على الإعفاء من المسئولية والتأمين من المسئولية :
عدم جواز الإعفاء من المسئولية التقصيرية :
يتعين على المحكمة تطبيق قواعد المسئولية واجبة التطبيق :
اشتراط المدين إعفائه من المسئولية الناشئة عن فعل تابعيه :
عدم جواز الاتفاق على تخفيف مسئولية الناقل البحري عن الحدود المسموح بها في معاهدة سندات الشحن :

مسئولية الناقل الجوي :
مسئولية المؤمن في الخسارات البحرية :
عدم جواز الإعفاء من المسئولية في عقود الإذعان :

﴿ المـــادة ٢١٨ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

وجوب إعذار المدين قبل استحقاق التعويض ما لم ينص على غير ذلك :
المقصود بالاعذار هو :
والعلة في اشـــتراط الاعذار قبل الالتجاء إلى التنفيذ الجبري ترجع إلى اعتبارين :
وقت الاعذار :
أثار الاعذار :
عدم تعلق الاعذار بالنظام العام :
عدم ســريان حكم المادة ٢١٨ مدني على المبلغ الاضـافي الذي يلتزم به صاحب العمل في حالة تأخيره عن دفع الاشتراكات :

﴿ المـــادة ٢١٩ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

شكل الإعذار :
كيفية إعلان الإنذار :
الإعفاء الاتفاقي من الاعذار :

﴿المـــادة ٢٢٠ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

حالات لا ضرورة فيها للإعذار :
أولاً إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل الالتزام :
ثانياً : إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع :
ثالثاً : إذا كان محل الالتزام رد شئ مسروق :
رابعاً : إذا صرح المدين كتابة بعدم القيام بالتزامه :
حالات وردت في نصوص متفرقة :

﴿ المـــادة ٢٢١ ﴾

التعليـــق

الشـــرح

عناصر التعويض :
اقتصار التعويض على الضرر المباشر :
اختصار التعويض في المسئولية العقدية على الضرر المتوقع :
يجب أن يكون الضرر الموجب للتعويض محققاً ولو كان مستقبلاً ولكن لا يكفي أن يكون احتمالياً :
إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمراً محقق :
الضرر المادي مناط التعويض :
ويخضع تقدير التعويض لسلطة القاضي الموضوعية وله أن يقضي به عن الضررين الأدبي والمادي جملة ، إلا أنه يتعين أن يضمن حكمه بيان عناصر الضرر :
عدم جواز الجمع بين تعويضين :

﴿ المـــادة ٢٢٢ ﴾

التعليـــق

الشـــــرح
التعويض عن الضرر الأدبي :
التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بالمضرور لا ينتقل منه إلى الغير إلا إذا تحدد بالاتفاق بينه وبين المسئول أو طالب به قضاء
قصر التعويض عن الضرر الأدبي الشخصي المباشر الذي يصيب الغير من جراء موت المصاب على الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية :
مدى استحقاق القاصر الذي لم يتعدى مرحلة المهد للتعويض :
عدم استحقاق الحمل المستكن تعويضاً أدبياً :
يكفي أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي رمزياً :
﴿المـــــادة ٢٢٣ ﴾
التعليــــق
الشـــــرح
الشرط الجزائي :
الشرط الجزائي جائز في جميع التصرفات :
محل الشرط الجزائي :
الالتزام بالشرط الجزائي تابع بالالتزام الأصلي :
شروط التمسك بالشرط الجزائي :
استخلاص تقصير المدين :
يجوز للمحكمة خفض التعويض في حالة التقصير الجزئي
التعويض في حالة التقصير المتبادل :
تفسير الشرط الجزائي :
التميز بين الشرط الجزائي وما قد يشتبه به من أوضاع :
﴿ المـــــادة ٢٢٤﴾
التعليــــق
الشـــــرح
اثبات انتفاء الضرر :
العبرة في الشرط الجزائي بالعقد النهائي دون الابتدائي :
بطلان شرط من العقد لا تمتد إلي الشرط الجزائي :
المطالبة بالشرط الجزائي بطريق الدعوى :
سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي :
حالتان يجوز فيها للقاضي خفض الشرط الجزائي :
التمسك بتخفيض الشرط الجزائي دفاع جوهري :
﴿ المـــــادة ٢٢٥﴾
التعليــــق
الشـــــرح
جواز زيادة الشرط الجزائي :
حالتان لزيادة الشرط الجزائي :
مدى تعلق أحكام الشرط الجزائي بالنظام العام :
﴿ المـــــادة ٢٢٦ ﴾
التعليــــق
الشـــــرح
استحقاق الفوائد :
شـروط اسـتحقاق فوائد التأخير :يشـترط لاسـتحقاق فوائد التأخير توافر الشروط الآتية:
التعويض عن عمل غير مشـــروع يعتبر غير معلوم المقدار وقت الطلب ومن ثم لا تصح المطالبة بالفوائد القانونية عنه :

الشـــــرح
عدم جواز تقاضي فوائد على مجتمد الفوائد :
حظر زيادة مجموعة الفوائد على رأس المال :
المقصـود بالعادات التجارية هو ما اسـتقر من سـنن وأوضـاع في التعامل ولا يشترط فيها أن تكون مخالفة للقانون :
القاعدة الواردة بالمادة ٢٣٢ مما يتعلق بالنظام العام :
تاريخ سريان حكمي المادة ٢٣٢ مدني :
عدم سريان الحظر على القروض التي تعقدها المصارف باعتبارها عملا تجاريا بالنسبة للمقترض :

﴿ المـــــادة ٢٣٣ ﴾

التعليـــــق
الشـــــرح
الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري :

الفصـل الثـالث
ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان

﴿ المـــــادة ٢٣٤ ﴾

التعليـــــق
الشـــــرح
الضمان العام لحقوق الدائنين :
خصائص الضمان العام :
الطرق التنفيذية :
الطرق التحفظية :
طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية :
لا يخل بالضمان العام للدائنين كما لا يعتبر من وسائل التنفيذ والضمان ، السلطات المخولة لجهة الإدارة بموجب لائحة المزايدات والمناقصات قبل المقاول المتخلف :

وسائـل التنفيـذ

﴿ المـــــادة ٢٣٥ ﴾

التعليـــــق
الشـــــرح
الدعوى غير المباشرة :
طبيعة الدعوى غير المباشرة :
شروط الدعوى غير المباشرة :
إذا كان المشـرع أجاز لكل دائن أن يسـتعمل باسـم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا أنه اسـتثنى منها ما كان منها متصـلا بشـخصـه أو غير قابل للحجز :
لا يجوز للدائن أن يستعمل حقا متصلا بشخص المدين خاصة :

آثار الدعوى غير المباشرة

﴿ المـــــادة ٢٣٦ ﴾

التعليـــــق
الشـــــرح
اعتبار الدائن في استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين :
آثار الدعوى غير المباشرة :
أولاً : بالنسبة للمدين :
ثانياً : بالنسبة للخصم :
ثالثاً : أثر الدعوى بالنسبة للدائن :
الدعوى المباشرة :

《 المـــادة ٢٤٥ 》
التعليـــق
الشـــرح
أثر الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام :
إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين :
المانع الأدبي من الحصول على ورقة ضد :
إثبات الصورية في حالة التهرب من أحكام القانون :
الآثار المترتبة على الصورية :
الحكم الصادر في دعوى الصورية :
عدم تقادم دعوى الصورية :
أثر دعوى الصورية في قطع التقادم :
نسبية حجية حكم الصورية :
تسجيل العقد أو إثبات تاريخه لا يمنع من الطعن عليه بالصورية :
عدم تجزئة الدعوى الصورية :
تقدير قيمة دعوى الصورية :
مقارنة الدعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة :
أوجه الشبه :
أوجه الخلاف :
مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية :
أوجه الشبه :
《 المـــادة ٢٤٦ 》
التعليـــق
الشـــرح
المقصود بحق الحبس :
شروط الحق في الحبس :
الشروط الأول : وجود التزام على الحابس بأداء شيء :
الشرط الثاني : وجود حق الحابس مستحق الأداء في ذمة المدين :
الشرط الثالث : وجود ارتباط حق الحابس وبين التزامه بأداء الشيء :
جواز تحقق الارتباط القانوني والمعنوي والارتباط المادي معاً :
أهمية التمييز بين الارتباط القانوني والارتباط المادي :
استعمال الدائن حق الحبس :
الوفاء الجزئي لا يحول دون الحبس :
التمسك بالحق في الحبس عن طريق الدعوى :
حبس المشتري المبيع لحين رد الثمن :
حبس باقي الثمن لإخلال البائع بتقديم مستندات الملكية :
إجبار الحابس على تسليم الشيء في حالة تقديم تأمين كاف للوفاء :
التنازل عن الحق في الحبس :
إسقاط الحق في الحبس بالشراء ساقط الخيار :
امتناع الحبس للحائز المغتصب :
عدم قابلية الحق في الحبس للتجزئة :
《 المـــادة ٢٤٧ 》
التعليـــق
الشـــرح
الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه :
حقوق الحابس للعين :

التزامات الحابس :
(١) المحافظة على العين المحبوسة :
(٢) تقديم الحساب عن الغلة :
(٣) رد العين المحبوسة :

﴿ المـــادة ٢٤٨ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
انقضاء الحق في الحبس :
أولاً : انقضاء الحق في الحبس بصفة تبعية :
ثانياً : انقضاء الحق في الحبس بصفة أصلية :
عدم انقضاء الحق في الحبس بالتقادم :

الإعســار

﴿ المـــادة ٢٤٩ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
تعريف الإعسار:
الفرق بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني:
الإعسار في ظل التقنين المدني القديم:
نظرية عامة وردت بملحق تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ:
الإعصار في التقنين المدني الحالي:
شهر حالة الإعسار:

﴿ المـــادة ٢٥٠ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
المحكمة المختصة بنظر دعوى شهر الإعسار:
المدعي والمدعي عليه في دعوى شهر الإعسار:
المدعي في دعوى الإعسار هو أحد الدائنين:
المدعي في دعوى شهر الإعسار هو المدين نفسه:
الإثبات في دعوى الإعسار:
لا يجوز للنيابة العامة طلب شـهر الإعسـار ولا تقضـي به المحكمة من تلقاء نفسها:

﴿ المـــادة ٢٥١ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
سلطة المحكمة التقديرية في شهر الإعسار:

﴿ المـــادة ٢٥٢ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
الطعن في الأحكام الصادرة في شأن الإعسار:

﴿ المـــادة ٢٥٣ ﴾

التعليـــق
الشـــرح

وجوب تسجيل صحيفة دعوى الإعسار في سجل خاص يرتب بحسب أسماء المعسرين والتأشير في هامش هذا التسجيل بالحكم الصادر في الدعوى:
وجوب إرسال صورة من التسجيلات والتأشيرات لقلم كتاب محكمة مصر لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار يصدر من وزير العدل:

﴿ المـــادة ٢٥٤﴾

التعليـــق
الشـــرح
تغيير المدين لموطنه:

﴿ المـــادة ٢٥٥﴾

التعليـــق
الشـــرح
حلول آجال الديون المؤجلة بشهر الإعسار:
جواز إبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة:

﴿ المـــادة ٢٥٦﴾

التعليـــق
الشـــرح
احتفاظ الدائنين بعد شهر الإعسار بحقهم في اتخاذ الإجراءات الفردية:
عدم جواز الاحتجاج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة الدعوى:

﴿ المـــادة ٢٥٧﴾

التعليـــق
الشـــرح
الآثار المترتبة على تسجيل صحيفة الدعوى:

﴿ المـــادة ٢٥٨﴾

التعليـــق
الشـــرح
جواز تصرف المدين في ماله بغير رضاء الدائنين:

﴿ المـــادة ٢٥٩﴾

التعليـــق
الشـــرح
تقرير نفقة للمدين من إيراداته المحجوزة:
التظلم من الأمر الصادر بتقدير النفقة:

﴿ المـــادة ٢٦٠﴾

التعليـــق
الشـــرح
حالات معاقبة المدين بعقوبة التبديد:

انتهـاء حالـة الإعسـار

﴿ المـــادة ٢٦١﴾

التعليـــق
الشـــرح
انتهاء حالة الإعسار بحكم قضائي:

﴿ المـــادة ٢٦٢﴾

التعليـــق
الشـــرح

انتهاء حالة الإعسار بقوة القانون:
﴿ المـــــادة ٢٦٣ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
جواز إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب شهر الإعسار إلى آجالها السابقة:
﴿ المـــــادة ٢٦٤ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
آثار انتهاء حالة الإعسار:
انتهاء حالة الإعسار لا يمنع الدائنين من الطعن في تصرفات المدين:
الباب الثالث
الأوصـاف المعـدلة لأثـر الالتـزام
الفصل الأول: الشرط والأجل
١- الشرط
﴿ المـــــادة ٢٦٥ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
المقصود بالشرط:
نوعا الشرط: (١) الشرط الواقف:
(٢) الشرط الفاسخ:
خصائص الشرط:
تكييف العقد:
جواز العدول الضمني عن أثر الشرط:
﴿ المـــــادة ٢٦٦ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام المعلق علي شرط غير ممكن:
الشرط المخالف للنظام العام والآداب:
﴿ المـــــادة ٢٦٧ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
أنواع الشرط من حيث تعلقه بإرادة الطرفين:
﴿ المـــــادة ٢٦٨ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام المعلق علي شرط واقف:
الالتزام المعلق علي شرط واقف حق وليس مجرد أمل:
الالتزام المعلق علي شرط واقف حق غير مؤكد:
تحقق الشرط أو تخلفه:
﴿ المـــــادة ٢٦٩ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الالتزام المعلق علي شرط فاسخ:
وتنشئ أعمال الإدارة من الأثر الرجعي للشرط الفاسخ:
﴿ المـــــادة ٢٧٠ ﴾

التعليـــق
الشـــرح
الأثر الرجعي للشرط:
الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الأثر الرجعي:
الآثار المترتبة علي ثبوت الأثر الرجعي للشرط:
استثناءات من مبدأ الأثر الرجعي:
٢- الأجــل
﴿ المـــادة ٢٧١ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
المقصود بالأجل:
نوعا الأجل:
مصادر الأجل:
الأجل الإرادي المحض:
الحقوق التي يلحقها وصف الأجل:
﴿ المـــادة ٢٧٢ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو عند المقدرة:
نظرة الميسرة في الدين التجاري:
﴿ المـــادة ٢٧٣ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
سقوط حق المدين في الأجل:
﴿ المـــادة ٢٧٤ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الآثار المترتبة علي إضافة الالتزام إلي الأجل:
النزول عن الأجل:

الفصل الثاني
تعـد محـل الالتـــزام
١- الالتـزام التخييـري
﴿ المـــادة ٢٧٥ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
المقصود بالالتزام التخييري:
مصدر الخيار:
من له خيار التعيين:
﴿ المـــادة ٢٧٦ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
الامتناع عن الخيار:
﴿ المـــادة ٢٧٧ ﴾
التعليـــق
الشـــرح
استحالة التنفيذ إذا كان الخيار للمدين: